





STORIA
DE PRINCIPII DELLA LEGISLAZIONE

PER

Vincenza Lomonaco

005

7 N 4.265

STORIA
DE' PRINCIPI DELLA LEGISLAZIONE

PER

VINCENZO LOMONACO

Accademico Cosentino, ecc.

GIUDICE DEL TRIBUNALE CIVILE DI NAPOLI



NAPOLI

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DI FRAN. AZZOLINO
Vico Gerolomini n. 10.

—
1844





INTRODUZIONE

Le sue permutazion non hanno tregue,
Necessità la fa esser veloce.
—DANTE *Inf. Cant. VII.*

CHIUNQUE intraprende a scrivere nel secolo XIX la storia de' principî della legislazione, facilmente si accorge ch'ei si spazia in un campo diversamente mietuto da due diverse scuole. L'una operosa raccoglitrice di dati storici non seppe da una immensa colluvie di fatti dedurre illazioni universali, e principî costanti; non pensò derivare dal Sole dell'eterna ragione sul caos degli svariati fenomeni dell'umano arbitrio un vivido e caldo raggio d'illuminata filosofia. L'altra, preso come centro di azione una serie di pochi fatti monchi e spesso travolti, sulle ali di una focosa immaginazione vaga in un'atmosfera tra-

scendentale, superba dell'altezza de' suoi pensieri, e paga di aver tutto spiegato, i fatti dell'oriente e dell'occidente, i misteri delle religioni, la storia dell'intelletto, gli arcani delle famiglie, le vicende delle nazioni, col prestigio delle parole infinito e finito.

Due scogli debbono evitarsi principalmente scrivendosi la storia della legislazione, il primo è quello di abbandonarsi ciecamente allo studio dei fatti, raccogliendo con improba pazienza, e gelida longanimità elementi minuziosi ed indigesti senza comporli e riscaldarli ai raggi della filosofia. L'erudizione è uno specchio troppo infido per chi pago solamente di aggravar la memoria, altro non cerca nelle rimembranze delle passate generazioni che o il soddisfacimento di una inerte curiosità, o il gretto accozzamento e la vana pompa d'infecondo sapere; o la conoscenza di alcune private passioni di quei che occuparono il luogo di protagonisti sulla scena de' secoli, o i fenomeni strepitosi dell'ambizione ed ingordigia umana. Per costoro la storia è un deposito assai magro, una vena di dottrina inaridita. Il secondo scoglio è il disprezzo de' fatti per abbandonarsi alle idee, e siffatta mania or degenerata in ideocrazia trascendentale trascina il nostro secolo dall'arbitrio della volontà a quello dell'intelletto. I parti di questa scuola posson dirsi sogni di chi veglia, chimerici edifici, fuochi fatui che brillano brevemente, e tornano al nulla. Istituzioni che in certi tempi sembrano giuste, ispirate dalla stessa natura delle cose, dedotte

dai penetranti della ragione ; provvedimenti che sembrano derivati da principî ineluttabili di equità o di pubblico bene ; desiderî bisogni costumanze, sistemi d'idee, metodi d'interpretazioni, guise di giudizi di formole di esecuzioni, che in cert'epoche sembrano sagge e convenevoli, in altre si reputano pregiudizî errori parti della barbarie, conseguenze tristi dell'anarchia della tirannide del fanatismo, emanazioni tristissime dell'arbitrio dell'ambizione dell'intrigo. Meditar la storia delle leggi altro non è che indagare i bisogni, e ravvisar la fisionomia morale de' popoli, considerarne complessivamente i desiderî le necessità i pregiudizî le passioni dominanti. Così non dallo scorrimento de' tempi, ma dallo sviluppo di altre passioni, dalla generazione di altre teorie, dalla modificazione della natura delle genti procederà la cronologia di siffatta storia ; così può vedersi, come da una opinione sorga l'altra, le quali benchè tra loro diverse, pure non sono che varie interpretazioni di uno stesso principio ; come in un pensiero sia il germe e la ragione di un altro ; come in una istituzione si trovi l'addentellato di molte altre. Così si raunano i legami dei diversi periodi legislativi, così si scopre la genesi e l'affinità di molte teorie, e nell'oceano immenso dell'umano arbitrio potrà aversi una bussola. Spettacolo sublime è la conoscenza del cuore umano, e subbietto di utili profonde e curiose meditazioni è il ravvisare il perchè i modi e la temporanea convenevolezza di tante cose, che i moderni filosofi, gli ardenti de-

clamatori, quel volgo infinito di pedanti eco sempre miserevole della voce de' grand'uomini, han così derise e maledette, accagionandole di mille errori, di straordinarie efferatezze, di rugginosa antichità, mescendo tutto e confondendo tempi, esagerando errori, e giudicandoli più col prisma della fantasia che colla ragione e colla storia.

Le abitudini civili de' popoli non son sempre le medesime. Ogni novella istituzione dà forma ad un bisogno che prima lento e fievole, poscia invigorito dalla tradizione dalle opinioni e sette de' giureconsulti; reso gigante dalla intemperanza dell'eccezioni accomodate alle varie fatti-specie, e spesso secondato da procellosi disordini sbalza di soglio l'antica istituzione, ed occupa il suo luogo. Allora la legislazione positiva debbe uniformarsi alla generazione delle nuove idee, e proclamar teorie che mentre fanno risplendere il grado d'intelligenza nazionale, non violentino le abitudini delle masse.

E qui bisogna distinguer sempre la vita pratica dalla intellettuale, lo sviluppo particolare della scienza dal corso generale della civiltà nazionale. Un popolo può coltivar con successo una scienza un'arte una disciplina; e le sue leggi possono ancora essere nell'infanzia. Le antiche vaste metropoli dell'Asia, i monumenti giganteschi dell'Egitto e dell'Assiria, le splendidissime porpore di Tiro, la perizia nell'astronomia di molti paesi Orientali, le sette filosofiche dell'Indie dell'Egitto della Grecia, gli slanci vigorosi e brillanti del genio greco nelle arti liberali, e nelle leg-

giadre e profonde conoscenze , non sono argomento sicuro e fido termometro per calcolare i gradi della civiltà legislativa. La dolcezza delle muse , la profondità de' pensamenti affrettano il corso della umanità delle nazioni , lo circondano di splendida e maestosa aureola di luce , temperano la ferocia politica , ma con ciò non può dedursi che siano la cagion principale di questo movimento. La voce de' sapienti quando si oppone alle abitudini al senso comune del popolo , allo spirito del secolo , è intempestiva inefficace , e non trova eco nelle masse popolari. Ciò si dice ancora della poesia — Omero e Dante , i due primi poeti del mondo son due genî creatori di altissimi carmi in secoli barbari ; furono due fiammelle luminosissime nella caliginosa notte dell'ignoranza.

Non dubito che non poche mie opinioni da taluni verranno riputate novità temerarie anzi paradossi. Ma spero che la storia la quale in tutto il corso dell'opera mi varrà come pratica dimostrazione de' principî da cui parto farà dissingannare i più ritrosi. Che se non riesco a ciò ; se non ostante le aspre mie fatiche e lunghe veglie durate meditando , si scopriranno degli errori nella breve e filosofica delineazione che intraprendo dell'antica e moderna civiltà legislativa di Europa ; io spero che anche questi errori sieno fecondi di utili conseguenze ; io spero che ingegni più valorosi e perspicaci del mio traggano profitto dalle mie aberrazioni per scoprire la verità , a cui spesso non si giunge direttamente,

ma dopo arduo cammino e strane tortuosità. Allora il mio trionfo è compiuto.

Non perderò di mira quel punto principale di storia Europea, punto interessantissimo di transizione da un mondo antico ad un mondo nuovo, transizione inaugurata con iscene troppo spaventose. Tramontava il secolo XVIII tra i fremiti e le lagrime, i terrori e le speranze de' popoli Europei. Eran succeduti avvenimenti procellosi e straordinari; mutazioni sanguinose di stato, catastrofi di splendide città, devastazioni d' intere province, ruine private e morti atrocissime di martiri e di assassini. Era violato il tabernacolo di Dio, derisi i suoi sabati, trasformato in religione il fanatismo avido di rapina e di sangue; in ragione l' incredulità. E quando l' Europa con lena affannata uscita fuori della tempesta di tanti rimescolamenti, volle con calma guardarsi in seno, trovò mutata la superficie della terra, si sentì ispirata d' altri principî, governata d' altre leggi, spogliata d' infinite abitudini, incalzata d' altri bisogni, vide rovesciati per molta estensione di reami i secolari monumenti e le vecchie istituzioni del medio-evo: la religione degli avi nostri ricomparve con vesti trionfali, e furono ristorati gli altari che una stolidità filosofica volea rovesciare.



LIBRO I.

Principii generali



CAPITOLO I.

NELLA INFLUENZA DELLE IDEE DEL FINITO, DELL'INDEFINITO
E DELL'INFINITO NELLA POESIA NELLA FILOSOFIA E NELLA
LEGISLAZIONE.

- §. 1. Idee dell'essere e del nulla, del finito, e dell'infinito, e della loro combinazione. — Tentativi su queste idee.
- §. 2. La idea dell' indefinito anima dell'eloquenza e della poesia.
- §. 3. Quando si determina dalle idee di spazio e di tempo nelle sue rivelazioni fenomeniche.
- §. 4. Linguaggio figurato. — Filosofia dei tropi.
- §. 5. Scuola classica e romantica.
- §. 6. Determinazioni e linguaggio tecnico delle scienze e segnatamente della legislazione.
- §. 7. Parallelo della poesia e della metafisica. — Come questa s'innalzi dal finito all'incondizionale. — Opinione de' filosofi.
- §. 8. Passaggio alla legislazione. — Genesi ed elementi della idea dell'ordine.
- §. 9. La idea dell'ordine conduce a quella dell'infinito. — Pensieri di Kant.
- §. 10. Natura ed impero della filosofia e della legislazione. — Loro differenze.
- §. 11. Influenza del sentimento de' due principi di socialità e d'individualità sull'ordine morale e sull'estetica del sublime.

§. 1. **L'ESSERE** e'l nulla sono le principali idee che si offrono tra la speranza e la tema al pensiero umano. Tra la realtà delle cose, tra gli abissi del nulla sorge madre e messaggiera di generosi pensieri, nobile ed operosa produttrice di magnanime azioni la

idea dell'*incondizionale* ossia dell'infinito. A lei ricorre il filosofo che medita per ispiegar le combinazioni soggettive della sua metafisica; a lei s'innalza la mente del legislatore per trarne norme sicure di pubblica e privata onestà; da lei come santo ed eterno campidoglio, si diparte ed a lei ritorna la voce ispirata dei poeti, a lei finalmente ansiosa di consuolo ed anelante rifugge il pensiero del misero, e fortemente le si attiene come salda colonna. Non vi è dopo gli ultimi pensamenti degli scrittori alemanni, e segnatamente di Hegel, di Gans e di Cousin idea più meditata di questa, e non volgari ingegni la proclamarono guida potente nella storia filosofica e filologica delle umane legislazioni; studiandosi colle idee dell'infinito del finito e della loro combinazione tesser la storia scientifica delle leggi di Oriente e di Occidente. Impresa straordinaria ed audacissima che se finora è riuscita inutile, e contraria agli annali della umanità, come altrove dimostrerò, non dee perciò dispregiarsi. Ogni civiltà ha i suoi perenni movimenti, ogni istituzione ha le sue vicissitudini, ogni popolo i suoi fasti, ogni scienza ed arte le sue pagine progressive e retrograde. Le varie espressioni dell'infinito possono diriger questi mutamenti ma non alterarli.

Per meglio ordinare i miei pensieri io dirò primamente della influenza delle idee del finito dell'indefinito e dell'infinito nella poesia, e discorrerò l'origine e la efficacia del linguaggio tropologico, poscia favellerò della influenza di queste idee nella filosofia e nella legislazione ed esporrò i miei divisamenti sulla genesi della idea dell'infinito, notando le precipue differenze tra il filosofo e'l legislatore.

§. 2. L'uomo di origine divina è di una fantasia vivace, e tanto più sublime nobile e commovente quanto più mostrasi capace a spaziar nell'indefinito pel mondo dei fenomeni, a conquistar più estese relazioni tra maggior numero di cose, e span-

der da per tutto il soffio divino che l'agita, a vestir gli obbietti di brillante colorito, ed imprimere in ciò che si affaccia ai nostri sensi l'impronta del genio. L'idea dell'indefinito è l'anima dell'eloquenza e della poesia. La realtà si accresce e si moltiplica innanzi l'oratore e l'poeta; le sue frasi, i suoi concetti, le sue immagini debbono essere generate, e rese feconde e magnifiche da questa idea potentissima. La stessa natura delle cose ama trovarsi ravviluppata in queste catene di oro, e l'anima sulle ali di fuoco con una ossessione divina penetra ed investe il creato, ne sorvola i tempi, e n'estende lo spazio. Nella poesia bisogna distinguere materia e forma. Riguardo alla materia ella attinge i suoi elementi dalla filosofia. Relativamente alla forma, ella non ha il rigore e la precisione del linguaggio filosofico, nè si arresta alla nuda realtà, ma si eleva dalla comune favella, aggrandisce il creato e l'abbella di fantastiche creazioni, vola e si riposa nel seno di Dio (1).

§. 3. L'indefinito che si circoscrive nella poesia dalle idee di spazio e tempo accresce più colorito alle immagini, più vivezza all'espressioni

*E vidi lume in forma di riviera
Fluido di fulgori
Dipinto di mirabil primavera —
Di tal fumana uscian faville vive,
E di ogni parte si mettean nei fiori
Quasi rubin che oro circoscrive.*

Tal dovrebbe essere la circoscrizione dell'indefinito poetico

Quasi rubin che oro circoscrive.

Non altrimenti si desta quell'estasi sublime del-

(1) *Bene dicendi ars non habet definitam aliquam regionem, cujus terminis septa teneatur.* Cicer. 2. de Orat. Cicerone lo diceva in altro senso, cioè che non havvi materia la quale possa sottrarsi al dominio dell'eloquenza.

l'anima, quel potente e soave commovimento, quella ebbrezza

Ch'entrava per l'udito e per lo viso

nell'anim' ardente del divino Alighieri.

La idea dell'indefinito può variare nelle sue rivelazioni fenomeniche, ma in sostanza è sempre la medesima. Due capitali e caratteristiche espressioni dell'indefinito troviamo eminentemente spiegate, l'una in Oriente, e l'altra in Occidente. Là l'energia dell'individuo assorbe la forza della moltitudine. Qui la forza della moltitudine si coordina alla energia individuale ed elevasi a rappresentarne l'unità. Ma entrambe queste espressioni partono dall'indefinito, intorno lui si volgono, ed a lui ritornano. Non dee però trasandarsi, che perchè una espressione dell'indefinito per lo più sull'altra prevalga, questa talvolta non si spieghi veementemente. L'Achille di Omero, l'Orlando di Ariosto, il Goffredo di Torquato, sono archetipi ideali, sono poetici monogrammi di sommo valore e di sommo consiglio.

§. 4. Qual sublime filosofia non iscorgesi nel linguaggio figurato? Mettiam da parte le sterili osservazioni dei pedanti, e le aride ciance dei retori. Qualunque dei tropi voglia considerarsi, esso non brilla non iscuote non commuove, se la idea dell'indefinito con piacevole incanto non conquista il nostro animo, e non dischiude le porte del nostro cuore. Qualunque dei tropi è basso inefficace cadaverico, qualora o per maggiore altezza del subbietto, o per fisica estensione, o per volume, o per importanza, o per maggiore nobiltà od utilità di una delle parti sulle altre parti del tutto, o per una più ampia veduta di un punto di somiglianza di un'oggetto con altra classe di oggetti, o in altra guisa qualunque non si elevi sul linguaggio ordinario e volgare. Ciò premesso la filosofia dei tropi è spiegata. Venghiamo a più stretta analisi.

L' antichità pagana consacrando i prodotti sia della natura sia della industria umana ai Numi, si valse tropologicamente dei nomi di costoro per giudicare le cose poste sotto la loro custodia. Così adoperarono Bacco pel vino, Vulcano pel fuoco, Marte per la guerra, e spesso traviamo il nome del proprietario per indicare la di lui proprietà, e viceversa. È dato storico non impugnato che i primi cognomi delle famiglie sursero ne' mezzi tempi per lo più dal nome delle terre che possedeano. Per l' eccellenza di una professione o di un mestiere cui taluni son giunti, adoperiamo i loro nomi per dinotare altri valenti professori od artisti. Per la più vivace più forte e più ampia relazione di un predicato si attribuisce tropologicamente all' uomo ed alle sue affezioni un' attributo caratteristico di altra specie di animali, di vegetabili o di minerali. Perciò si disse volpe l' uomo astuto, leone l' uomo fiero, si disse florida la vita, radicato nell' animo il vizio o la virtù; sasseo il cuore. Tropi energici son quelli che immediatamente l' affezione morale coll' uomo per esprimere che costui la possenga in sommo grado. Così troviamo presso i poeti adoprarli scelleraggine per iscellerato, delitto per un colpevole, e scorgesi assai più nobile la frase « tu sei il mio consuolo, il mio propugnacolo » che l' altra « tu sei il mio consolatore, il mio difensore ». Per maggior estensione del genere adoperiamo il pino per la nave, il ferro per la spada l' uccello per l' aquila. Per eccellenza di un' individuo su tutta la specie o il genere, usiamo il vocabolo *essere* per indicar l' Ente supremo. Per la maggiore eccellenza volume o importanza di una parte sulle altre parti del tutto, adoperiamo le voci di mucrone per la intiera spada, di tetto per la casa, di poppa o carina per tutta la nave; e per la nobiltà della testa, o dell' anima sul rimanente dell' uomo adoperiamo o l' una o l' altra di queste voci per

indicar tutto l'uomo (1). Inoltre usiamo il plurale pel singolare per largire all'individuo la forza della moltitudine, e di rincontro il singolare pel plurale per accordare alla moltitudine l'energia della massa compatta a segno da formare una sola unità.

Da ciò si deduce che la idea dell' indefinito è l'essenziale caratteristica della letteratura originale, ed è la norma sicura per giudicare i parti dell'eloquenza e della poesia. Chi disse questa ultima « *vita giunta al colmo che ama diffondersi* » disse una grande verità. Togliete ai fervidi scrittori la possanza d'identificare gli oggetti, di ampliarne le relazioni, di vestirli di colorito, e di energia attinta con agguistatezza d'altri oggetti simigianti, e tosto perderanno la febbre invidiata della ispirazione, avranno tarpate le ali, e precipitando dal seggio luminoso che occupavano saranno di nuovo confusi col volgo.

§. 5. E qui debbe notarsi una solenne differenza tra le scuole così dette *classica e romantica*. La prima col troppo determinar tempo spazio ed esercizio di attività sotto frivolo pretesto di verisimiglianza accrebbe ostacoli agli slanci della fantasia, e rattenne il genio ansioso di libero volo nella regione dell' indefinito. La seconda scevra di questo vizio, cade in un'altro, troppo determinando fatti particolari, e sotto pretesto di maggior verità dipingendoci la natura cosmologica sterile inanimata desolante, e la natura morale spoglia delle amabil'illusioni di una virtù ideale, ed accrescendo i colori oltre la verisimiglianza nella parte più trista e degenerare della umana natura, cioè nella malvagità. La poesia esser non dovrebbe che un'inno a Dio (2); la dipintura e'l

(1) *Vos meae charissimae animae, saepissime ad me scribite.* Cicer. Epist. XIV. 14.

(2) *Il suo primo vagir fa da fanciulla
La memoria non fu di cose vane,
Ma negl'inni di Dio ebbe la culla.*

Gioiberti eruaento della moderna filosofia, e vindice valo-

trionfo di nobili passioni. Or la passione è più pura quanto essa più si spoglia delle grezze determinazioni individuali, e proponesi uno scopo più benefico e generale. Ci turba l'animo il pensiero che molti scritti romantici di oggi giorno contengono la vittoria e l'apoteosi del delitto, il compatimento di infelici turpitudini, e la funesta coscienza di un fato tirannico. A forza di tali infauste persuasioni contrarie al buon senso, l'umanità non migliora, ma imperversa, la poesia non riscalda m'agghiaccia, non educa ma corrompe, non innalza ma comprime, non illumina, ma diffonde tenebre.

§. 6. Ma tostochè la idea dell'infinito viene determinata dalla mente umana, tosto che alle vaghe e focose scorrerie della immaginazione succede il metodico e freddo calcolo della ragione, cessa il prestigio della illusione, la realtà ricompare denudata delle splendide vesti, di cui l'adornò la fantasia; e tutte le scienze sorgono sì sviluppano e si limitano.

Ai sogni succede il positivo, al linguaggio figurato il linguaggio tecnico. Tutto dee procedere da principio o ipotesi, da cui debbono dedursi ordinatamente necessarie o probabili conseguenze per serie legittima di premesse d'induzioni o di congetture.

Cosa è infatti la legislazione umana che la determinazione di uno indefinito morale e sociale, la circoscrizione dell'umano arbitrio, la moderazione dei dritti individuali, che abbandonati alla loro naturale indeterminazione si colliderebbero e distruggerebbero tra sè? Di siffatta restrizione esser dovrebbe il *principio* la naturale equità derivata dalla natura dell'uomo, *regola* la maggior beatitudine del corpo

roso della gloria scientifica d'Italia nella sua Introduzione allo studio della filosofia, diffinisce il sublime, *predominio della idea nella contemplazione di un sensibile*. Secondo lui la *idea* per eccellenza, è l'infinito, l'incondizionale, Dio. *La notizia di Dio*, son sue parole, *è la base e l'apice della piramide scientifica*.

sociale, e *compasso* il senso comune del popolo cui vuole imporsi il freno legislativo. Ai soavi e sublimi delirî della fantasia, al campo vastissimo dell'increato e del creato, ai voli ardenti dello spirito subentrano nella legislazione le aridezze della realtà, le gelide diffinizioni del *mio* e del *tuo*, la clava dell'autorità. Sorge allora in suprema regolatrice dei dritti sociali la prudenza civile che tutto preveggendo ed a tutto provvedendo segna e modifica il quadro genealogico dei dritti cittadini, fissa lo stadio che debbono o che possono percorrere, li circoscrive in un dato spazio, ne previene o punisce le infrazioni, ne corregge i deviamenti, e si adopera con sapienza di sanzioni, e forza di mano, acciò niuno oltrepassi la sua linea, e se l'oltrepassi, tanto colla pubblica reazione cioè colla pena venga respinto entro la medesima, quanto coll'azione malefica l'abbia sorpassata.

§. 7. Abbiain veduto la influenza delle idee dell' indefinito e dell' infinito nella poesia. Ciò che di questa abbiain favellato debbe anche applicarsi alle belle arti, le quali tutte sono una derivazione del vero. Difatti la poesia non è che il vero leggiadramente vestito, e Vico la chiamò *abbozzo della metafisica*, come questa è la *regina delle scienze riposte*. Non vi ha dubbio che la metafisica sia la scienza più sublime che onori la parte più nobile dell' uomo,

Che vive sente e sè in sè rigira (1)

E tanto diversa dalla poesia quanto l'ingegno dal giudizio, la fantasia dall'intelletto. Essa innalzasi dalla idea del finito e del condizionale alla contemplazione dell'infinito ed incondizionale. Cartesio disse innata e positiva la idea dell' infinito, negativa la percezione del finito. Leibnitz ammise parimenti

(1) Dante Purg. XXV.

una idea positiva dell'infinito antecedente a quella del finito. Locke in contrario assunse che la idea dell'infinito è negativa e posteriore alla idea positiva del finito. Condillac negò qualsiasi nozione dell'infinito. Kant la considerò come idea *a priori* della ragione, come concetto formale che debbe allogarsi tra le illusioni trascendentali. Il nostro egregio Barone Galluppi sostiene che la idea dell'infinito sia positiva ma non innata, che sia il risultamento del raziocinio che parte dal finito. L'uomo, secondo lui, ha dapprima il sentimento di sole cose finite; poscia acquista per abito il sentimento dell'indefinito, e finalmente mercè la ragione levasi all'infinito.

Vico nella *scienza nuova* disse la morale del genere umano la primogenita della metafisica, e niuno meglio di lui comprese tutta la forza di questa verità. Ei già l'avea resa feconda di nuove ed originali conseguenze nell'opera antecedente « *Dell'unico principio e fine del dritto universale.* » Ei definì l'uomo conoscenza volontà potenza finita che tende all'infinito. Ei disse triplice l'elemento di ogni divina ed umana erudizione, *conoscere, volere, potere*, de' quali unico principio era la *mente*, il cui occhio era la *ragione illuminata da Dio*. Ei distinse il *vero* dal *certo* delle cose, la *ragione* dalla *mente* della legge. Ei scorre che tutte le cose erano in Dio per *origine*, provenivano da lui per *costanza*, ritornavano a lui per *circolo*; ei mise in chiara luce la male intesa e negletta divisione Aristotelica della giustizia in *universale* e *particolare*. Egli esaminò la umana natura non ancor corrotta, la osservò poscia debole e viziata. Propose ad unico principio di filosofia la forza del vero che combatte la *cupidità*, unico principio di legislazione la forza del vero che dirige e misura le *utilità*: discorse le diverse proporzioni e quindi il diritto *rettorio* ed *e-quatorio*, la società del vero e dell'*equo buono*, segnò i confini tra l'*autorità* e'l *vero*, e derivò dalla

prima il dominio la libertà la tutela. Distinse il dritto di natura in *primario* e *secondario*, e conobbe la preminenza del secondo sul primo. Queste ed altrettali cose discorse l'alto ingegno di Vico, ma omise però di avvertire come l'uomo giungesse alla conoscenza del vero. Se gli si dimanda, cosa è vero, vi risponderà che sia la conformità della mente all'ordine eterno delle cose, e questo vero dicesi anche ragione. Se replicherete, cosa è quest'ordine eterno di cose, e come la mente può trarne norme sicure di onesto, vi soggiungerà che quest'ordine è Dio. Ma se insisterete come Dio illumina la mente; donde questa dee trarre regole infallibili di vita pratica; a questa interrogazione attenderete indarno una risposta. Ecco come principiando dall'assoluto, e perdendosi tra le nubi del trascendentalismo l'umano ingegno obbliò di derivare dalla coscienza e dalla natura della umanità l'origine la vita e l'esercizio dei dritti dell'uomo.

§. 8. Così nella filosofia come nella legislazione positiva l'uomo comincia a riguardar sè stesso isolatamente, indi sè stesso di rincontro agli altri. L'esame de' propri bisogni desideri attività, e quindi dritti e doveri, l'esame di quei degli altri, le loro relazioni, l'identità di origine, l'unità del fine, la parità dei bisogni, la necessità della pace costituiscono l'ordine. Riconcentrando il pensiero in noi stessi, indagando la serie delle necessità ed utilità della umana natura, due verità fondamentali con ispontaneità e limpidezza inesprimibile si offriranno al nostro spirito. 1. Una cognizione della umanità, ed una uguale partecipazione del primo vero, per cui Orazio con magnifiche parole disse la mente, *aurae divinae particulam*. 2. Un desiderio ed un bisogno nell'uomo della comunanza umana, nella quale egli è ordinato coordinato e subordinato. Da ciò si scorge perchè Vico disse poeticamente la legge *lira dei regni*, chiamandola non ritrovato dell'impostu-

ra, ma figliuola di una verità generosa. Dunque dalla cognazione e dalla cognizione della umanità sorge l'ordine. Il bisogno e 'l sentimento dell'ordine leva il pensiero alla idea dell'assoluto, cioè alla idea di uno essere superiore, increato e creante, padre custode e vindice dell'ordine medesimo. Da ciò può ben dedursi che dalla necessaria combinazione della indefinita attività nostra coll'altrui, e dalla forma ch'essa subisce nell'alleanza coll'altrui attività, cioè dalla determinazione dell'indefinito sorge nella morale e nella legislazione la idea dell'ordine, della tutela de'dritti e finalmente dell'assoluto. Questa prova dell'infinito ci sembra assai più coscienziosa di quella che si vuol dedurre dalla intuizione dell'ordine cosmologico.

§. 9. Ciò premesso si scorge chiaramente quanto finora siasi traviato dall'ingegno umano intorno il preteso principio conoscitivo del dritto naturale; e quanto sia erronea fallace ed infruttuosa la dottrina di coloro che partono dal principio dell'assoluto per ispiegare il dritto, mentre tal principio esser dovrebbe l'ultimo punto della ricerca, e lo scopo supremo della dimostrazione. Lo stesso Fichte allorchè dal tripode pronunziò il famoso e sibillino oracolo « *L'io pone sè stesso* » non intese inaugurar la conoscenza di sè stesso colla idea dell'assoluto, anzi costituì il *me* centro di tutte le cose. Lo stesso Kant primo araldo del pensiero filosofico di Germania spiegò il prodigio oscurissimo della generazione delle idee, ricorrendo al presidio delle pure intuizioni della sensibilità, dei modi ossia leggi della intelligenza, della unità trascendentale della coscienza, della fantasia produttiva, e dello schematismo; ma quando volle dimostrare l'esistenza di Dio, altra prova più forte non seppe rinvenire della seguente. Noi abbiamo la coscienza di due tendenze spesso tra loro contrarie, cioè felicità e virtù, nella cui lotta malaugurata vince sovente il delitto e l'ordine si perturba. E in-

nato in noi il desiderio della ristaurazione dell'ordine, e del trionfo della virtù. Quindi la necessità di uno Ente Supremo, che in noi svegliò queste due tendenze; che creò l'ordine, e che si serbò in altra vita di mistero, di speranza e di terrore, la ristorazione dell'ordine violato.

Ascoltiamo Villiers ch'espone questi principî della filosofia Kantiana sulla dottrina morale.

« Vi ha nell'uomo due tendenze distinte ed opposte che si disputano la legislazione della sua attività e della sua volontà. L'una trascina l'uomo verso il ben'essere; l'altra lo guida alla virtù. La prima è dell'uomo sensuale; la seconda dell'uomo ragionevole. La libertà consiste nella piena e spontanea facoltà di determinarsi fra questi due principî opposti. Io porto in me stesso l'ordine di esser virtuoso, il bisogno di esser felice. Essendo spesso contrari nel mondo fenomenico, debb'esservi un mondo, in cui la virtù sia riunita alla felicità. Se ciò non fosse, i risultati immediati delle più profonde realtà del mio essere sarebbero menzogne; il mio essere sarebb'egli stesso una menzogna, e sarebbe falso che io esisto. Se ciò non fosse, perchè l'uomo deve sopportare una vita, ove nulla risponde al bisogno della sua coscienza, una vita ove la felicità e la virtù ch'egli vede riunite nei loro ideali sono spesso disunite dal fatto? Perchè curva la testa sotto la verga di una cieca necessità? Il suicidio diverrebbe per la metà del genere umano un rimedio indispensabile. Io odo in me una voce più potente delle mie tendenze che ordina il giusto e l'buono. Vi ha dunque il tipo del giusto e del buono; vi ha dunque una giustizia ed una bontà assoluta ed in se stessa; una ragione suprema universale infinita, un giudice ricompensatore della virtù sfortunata, Dio. Costui si manifesta in me per l'imperativo della coscienza, si rivela per la

» virtù. La sua volontà è la legge dell'ordine morale universale. La sua sovrana ragione non vuole « se non ciò ch'è sovranamente ragionevole ».

Questa dimostrazione Kantiana era stata precedentemente così abbozzata da Teodoreto « s'è giusto come veramente è giusto Ei che tutto osserva, altra vita debb'esservi dopo la presente » (1).

§. 10. Ricercata l'origine dell'assoluto, ed osservata la influenza ch'esso esercita nella filosofia e nella legislazione: ci resta a vedere fin dove si spazia e domina la giustizia civile. Essa deve non solo misurare il ben'essere sociale, ma restringersi ancora nei limiti della propria potenza. La giustizia assoluta ed universale si appartiene alla filosofia che stende lo scettro fin dove si spazia la ragione e la intelligenza (2). Inoltre il filosofo incita alla virtù per amore della virtù. Il legislatore incita alla virtù pel riguardo della pubblica e della privata utilità: Il filosofo vuole delle passioni uno impero assoluto puro disinteressato: Il legislatore modera le passioni più perniciose e piegandole destramente ai bisogni sociali colla molla potente dell'amor proprio di ciascuno individuo, le rende utili e nazionali. Sapientemente considerò il nostro Vico, che i primi Legislatori profittando della volgare *ferocia avarizia ed ambizione*; ne fecero la *milizia la mercatura*, e la *corte*, e così la *fortezza la ricchezza e la sapienza* degli stati. Quindi venne ben detto che i filosofi pesano le azioni degli uomini colla bilancia dell'oraffo, ed i legislatori con quella del mugnajo. Da ciò

(1) Εἰ δίκαιος, ἀσώπῃ σὺν καὶ δίκαιος ὁ τῶν ὅλων ἀρχὸς: ἕταρος ἂν σὶ βίος μετὰ τὸν παρόντα—*Theodoretus—Sermone 1. de Providentia.*

(2) Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges quatenus manu tenere possunt: philosophi quatenus ratione et intelligentia. Cicerone de offic. lib. 3. cap. 17. Ciò che in altri termini disse Bentham, la legislazione ha lo stesso centro della morale, ma non ha la stessa circonferenza. Centro comune è *tollere astutias*, circonferenza diversa è il modo differente con cui si occorre alle umane inaliezie.

si scorge luminosamente quanto sia stata ben ripartita d'Aristotele la giustizia in universale, e particolare ossia architettonica. La prima si appartiene al filosofo che fa tesoro di tutte le virtù nella loro ampia estensione; la seconda spetta al legislatore, il quale di tutte le virtù prende ciò che reputa più convenevole per la esistenza e per la custodia della civile beatitudine.

Vendetta della legge positiva umana oltraggiata è la *pena* (1); vendetta della ragione offesa è il *rimorso*, custode e vindice sempre indefesso, e non mai fallace del pudore. Le leggi positive umane stabiliscono delle regole e dell'eccezioni; ma sì quelle che queste son figlie di principj generali, ed emanazioni di rapporti reali. Regole ed eccezioni derivano ugualmente dai primi veri della giustizia universale, e si coordinano ai medesimi. Però per la distribuzione del metodo l'eccezione benchè abbia ugual nobiltà di origine, nondimeno come circoscrittiva dell'area della regola, come determinatrice del suo assolutismo, è considerata modificazione della medesima. Ma nella teoria del bello e del sublime unica regola è quella dello indefinito. Altra eccezione non vi è che la visione la dipintura e la circoscrizione dei fenomeni; ma questa invece di dirsi eccezione, chiamarsi dovrebbe applicazione e sviluppo della idea dell'indefinito nel mondo delle sensazioni.

§. 11. Qui osserveremo che il sentimento de' due principj di socialità e d'individualità non solo dee tenersi in mira dal legislatore, ma è anche uno elemento necessario per l'estetica del bello del sublime e del magnifico. Tutto il mondo morale come il fisico si versa tra la forza centripeta e centrifuga. L'equilibrio de' due succennati sentimenti genera l'ordine morale, il bello sociale ed artistico. L'urto dei

(1) Quale uom di nulla paventando è giusto?

Eschilo, Eumenidi—vs. 702.

medesimi, le loro violente percussioni e ripercussioni ispirano nelle anime generose e veementi il desiderio dell'ordine, gli sforzi magnanimi per ristorarlo, la sacra indignazione contro i perturbatori del medesimo. Oh quante faville di fuoco divino lampeggiano nella notte dei disordini e degli sconvolgimenti! Quanti fulmini non vibra la concitata fantasia! Questa sorgente di sublime è stata finora o ignorata, o mal conosciuta, o negletta dai retori.

CAPITOLO II.

PRINCIPII GENERALI DELLA LEGISLAZIONE.

- §. 12. Idee della legge e dell'onestà, della virtù e della sapienza civile.
- §. 13. Elementi soggettivi ed oggettivi di ogni dritto umano.— Errori di Obbes, Tracy, Lermnier.
- §. 14. Bisogni cardinali dell'uomo.—Cosa siano i desideri e le passioni.
- §. 15. Libertà volontà dritto.— Errori della scuola Alemanna sulla idea del dritto,
- §. 16. E sulla differenza fra dritto e morale.
- §. 17. Triplice fine per cui l'uomo convenne in società.
- §. 18. Differenze tra l'infinito e l'finito.—Mutabilità delle cose contingenti. — Periodi legislativi.
- §. 19. Leggi primitive dell'uomo.
- §. 20. Stato presente della scienza del dritto.
- §. 21. Predominio della teoria del senso comune nel secolo XIX.
- §. 22. Cosa sia il senso comune, e quale influenza spiegar debba nella legislazione.

§. 12. *Legge* nel più ampio significato non è che il principio e la costanza dell'armonia, e questa è la vita dell'universo. L'osservanza della legge nell'ordine cosmologico genera la *bellezza*, nell'ordine morale la *onestà*, nell'ordine sociale la *giustizia particolare*.

Intendiamo sotto nome di *onestà* il complesso di tutte le virtù, le quali contiene e comanda la legge di natura, ch'è la forma ideale primigenia necessaria di ogni virtù e giustizia; emanazione del pri-

mo vero perfettissimo infinito. La *ragione* è la ricettibilità di questa forma ideale, di cui è vano chiedere il principio nelle passioni, ch'ella debbe dirigere. *Virtù* è il benessere della umanità moderato dalla ragione. La legge positiva di ciascuna nazione è la bellezza morale, cioè l'onestà modificata, e rivestita dei caratteri e della forza nazionale. Essa dee convertire l'umano arbitrio in eco della suprema ragione; essa dee ritrarre l'arte divina rinchiusa nei rapporti individuali e sociali. Quindi il Vico bene osserva che la dottrina civile rampolla dalla dottrina morale; ch'entrambe derivano dalla divina filosofia; che l'ordine naturale sia la *mente* dello stato siccome le leggi ne debbono esser la *lingua*; e che finalmente sotto il *mallo* o la buccia del dritto civile sta come *nucleo* il dritto naturale.

La *onestà* è la convenienza all'umana natura, ed è pedissegua della verità, come la volontà della mente. Altrimenti può dirsi giustizia universale ed è una idea complessa d'immensa comprensione ed estensione. Essa è il fonte perenne dei doveri, il fondamento l'anima e lo scopo di tutto l'ordine morale. Essa contiene tutte le virtù dal primo loro grado, che le umane società tramutano in legge positiva fino al supremo grado che mette foce nell'assolutismo della divina perfezione. La giustizia particolare delle nazioni, da cui, come pocanzi si è detto, partono le leggi positive; contiene delle altre virtù quanto le basta a costruire ed animare il corpo sociale: contiene della forza quanto le basta per la *vita*, della prudenza quanto le fa d'uopo per la *ragione*; e della temperanza quanto le bisogna per la *retta volontà* della nazione.

§. 13. *Necessità, potestà, convenzione*, sono gli elementi di ogni dritto umano nel mondo fenomenico. I due primi sono soggettivi, e'l terzo è oggettivo, o per meglio dire è la condizione sociale dei due primi. *Potestà* esprime il complesso di tutte le facoltà uma-

ne, il cui centro è, *Io sono*. La *necessità* esprime il complesso di tutt'i bisogni umani, il cui centro è, *Io debbo vivere*. La *convenzione* è l'elemento oggettivo che modificando il *necesse* e'l *posse* indefinito di ciascuno individuo, gli dà luogo forma condizione e carattere nel tempo e nello spazio o secondando, o non resistendo. La vera giustizia dovrebbe essere il *posse* equilibrato col *necesse* (ciò ch'è difficilissimo e pericoloso a conseguire dopo la degenerazione della umana natura). Dunque verità empirica del dritto è la convenzione espressa o tacita; verità pura e soggettiva è la coscienza della forza e della necessità.

Non basta dir solamente, come diceva Tracy, che la debolezza sia il principio dei nostri dritti, e la potenza dei nostri doveri. Egli è vero che la genesi sensitiva dei diritti umani è nella rivelazione dei nostri bisogni e delle nostre facoltà; ma la genesi pura e soggettiva dei medesimi è nell'eterna ragione. Lo stesso debbe dirsi della genesi dei nostri doveri. L'eterna ragione cioè la giustizia universale prestabili i dritti; la scambievole forza li determinò e garantì; la scambievole debolezza li circondò di doveri.

Obbes fa nascere i dritti reali dalla convenuta non resistenza. Ciò non può dirsi della genesi pura dei medesimi, ma soltanto della origine sociale, cioè del loro esercizio nel tempo e nello spazio in relazione cogli altri uomini. La convenuta non resistenza può esser *nuda* cioè di acquiescenza, ed *operativa* cioè di secondamento. Lerminier diffinendo la proprietà « *individualità accordata coi bisogni, coi dritti e coi progressi dell'associazione* » ebbe soltanto in mira gli elementi della necessità e della potenza. Quindi la sua diffinizione è monca ed inesatta. Quando avea detto *bisogni* era inutile aggiungere *progressi dell'associazione*. La idea di *progressi* è necessariamente compresa in quella di *bisogni*, i quali variano si

sviluppano e si modificano a misura che la società progredisce (1).

Primo pensiero fondamento di tutti gli altri, prima rappresentazione per cui l'io è conscio a sè stesso è—*Io penso, dunque sono*. La intensità del pensiero, cioè la sua diversa alacrità perspicacia vastità propensione, è la prima e fondamentale individuazione dell'uomo, cioè il primitivo carattere per cui l'uomo si distingue dagli altri. La seconda differenza individuale sorge dal seno de'suoi affetti più o meno energici e virtuosi, o per meglio dire dalla seconda espressione della forza umana—*Io voglio*—La terza differenza deriva dalla più o meno energica espansione della forza intellettuale volitiva e fisica nello spazio. *Io posso*.

L'essere uomo, dice Wolfio, è per l'uomo la fonte di ogni dritto. Ottimo principio; e dispiace solamente che l'autore non trae dallo stesso le molteplici legittime e vastissime conseguenze di cui può esser fecondo.

§. 14. *Vita, perfettibilità, sociabilità* sono i tre cardinali bisogni dell'uomo, cui si debbono riferire tutti gli altri. Chi dice bisogni, dice motivi legittimi delle umane volizioni; espressioni dei medesimi sono i desiderî. Intorno la vita, la perfettibilità, e la sociabilità si spiega tutta quanta è la forza concentriva e diffusiva dell'io. Da queste fonti sgorgano tutte le umane convenzioni, la conservazione e l'miglioramento del nostro essere. Ciascuno desidera apprendersi ai mezzi tendenti a conservarlo e migliorarlo, e distornare i mezzi tendenti a renderlo imperfetto, o a distruggerlo. I mezzi della prima specie diconsi *facilità*; della seconda specie *difficoltà*. La *passione* è lo sviluppo e l'energia del desiderio. Il sentimento

(1) *L'individualité combinée avec les besoins, les droits, et les progrès de l'association*. Philos. du droit lib. 2. cap. 4.

dei bisogni può essere oltracotante e smodato; e quindi oltracotanti e smodate ne derivano le passioni che nei loro principî son virtuose e sacre, quanto è sacra la esistenza umana, cui si annodano radicalmente. La passione secondo ch'è pura o impura ci eleva alle regioni celesti, o ci degrada alla infima categoria dei bruti. Essa è il fuoco dall'anima che divampa in ragion composta della vividezza e della molteplicità delle idee che ne formano l'oggetto. La perfezione delle idee è in ragion diretta della loro universalità: la passione che versa in idee sentimenti e rapporti universali è la più perfetta.

§. 15. *Libertà e volontà* indicano una sola forza dalla nostra mente. Può dirsi con maggior esattezza, esser libertà nell'effetto ciò ch'è volontà nella elezione (1).

Rottek, come tutti gli altri filosofi della moderna scuola Alemanna, distingue morale e dritto. « La » legge morale, egli dice, è soggettiva. Essa della » giustizia fa un dovere; prescrive l'osservanza del » dritto ma non è affatto il dritto. La legge del » dritto è obbiettiva. La libertà esterna è la possibilità di essere attivo a proprio talento nel mondo » esteriore, ove gli altri uomini reclamano la stessa » libertà, ciò ch'è contraddittorio. Dunque la ragione non può ammettere una libertà esteriore assoluta. Il dritto è la risoluzione di questa antinomia. Dritto uguaglianza e libertà esteriore sono » identiche. Ogni azione che non è contraddittoria » ad una libertà uguale per tutti, e la più possibilemente estesa, è lecita; tutte le altre azioni sono » illecite. Il dovere che la morale prescrive contiene la necessità di compiere degli atti positivi: » il dritto non ammette che delle obbligazioni, cioè

(1) Ahrens nella sua *filosofia del dritto* distingue volontà da libertà attribuendo la prima a tutti gli animali. Con più preciso e filosofico linguaggio quasi tutti gli scrittori accordano ai bruti l'appetito, non già la volontà potenza indivisibile dalla ragione la quale è propria e caratteristica dell'uomo.

» delle necessità di astenersi da ciò che il dritto
» non ci permette di fare. Il dritto non è che un
» sistema di permissioni : le sue regole sono pura-
» mente negative, purchè non v'intervenga una con-
» venzione. La conseguenza di ogni violazione di
» dritto è lo ristabilimento della uguaglianza » (1).
Dall'addotto squarcio si ravvisa che Rotteck ha con-
fusa l'origine primigenia dei dritti indipendente da
qualunque convenzione, colla loro esistenza sociale
cioè modificazione dei dritti medesimi nel mondo
esteriore mercè la collisione della libertà di uno in-
dividuo con quella degli altri. Ma ciò ch'egli dice
in molte parole avea Kant espresso in pochi accenti
diffinendo il dritto « *insieme delle condizioni sotto
le quali la libertà esteriore di ciascuno può coesiste-
re colla libertà di tutti*, diffinizione la quale venne
modificata in varie guise da Fichte, Bouterwech e
Krause.

§. 16. Più sopra abbiain dimostrato che i dritti
nascono coll'uomo, e che di fatti costui non è che
un complesso di dritti e di doveri. Il dritto natu-
rale che Vico chiama *consuetudine del genere uma-
no*, e che meglio andrebbe detto *coscienza del genere
umano*, dichiara e determina questi diritti secondo l'e-
quo buono, cioè secondo la giustizia universale, il cui
fonte è l'eterno vero, cioè Dio. La legge positiva
dichiara e determina i dritti medesimi giusta la mag-
gior beatitudine sociale, cioè secondo la giustizia ci-
vile ed architettonica; e garentisce i dritti già di-
chiarati mercè le *azioni* che son le tutele dei dritti
medesimi. Quindi può ben dirsi col filosofo Napoli-
tano che la *forza del vero* la quale resiste alla cu-
pidigia (termine generico in cui van comprese tutte
le sfrenate passioni) è virtù e si contiene nello im-
menso dominio della filosofia; che *forza del vero*
che dirige e misura le utilità è giustizia particolare

(1) Manuel du droit rationnel, et des sciences politiques t. 3.

che forma il patrimonio delle leggi positive. Le consuetudini e le leggi positive, avverte lo stesso Autore, non sono che *interpetazioni del dritto naturale, quelle più forti, queste men forti, e talvolta migliori.*

Se dunque i dritti nascono coll'uomo, è ben facile il dedurre che la morale, e l'autorità umana non li crea, ma li dichiara; che l'uomo è nell'esercizio de' suoi dritti prima di essere sotto la morale responsabilità, come interviene ai fanciulli; che colla infrazione di dritti già dichiarati l'uomo continuando nella morale ubbidienza perde l'esercizio di uno o più dritti. Può dirsi perciò che il dritto sia mezzo alla morale? No, che anzi la morale è il mezzo per la tutela e la perfezione dei dritti umani. *Non homo propter Sabbatum; sed Sabbatum propter hominem.* Essa col presidio santissimo del pudore li conserva e li difende, colla splendida face della ragione gli rivela circondandoli di vivida luce. Cosa sarebbero le leggi senza i buoni costumi? Cosa addirebbe il tempio della umana giustizia, se alle sue porte non vigilasse operosa la morale? Ma può dirsi almeno che il dritto preso nella significanza di complesso di leggi positive sia il mezzo della morale, cioè dello sviluppo individuale e sociale, come pretende Ahrens? Si risponde essere indubitabile che il dritto positivo sia un mezzo di sviluppo individuale e sociale dell'uomo, ma siffatta nozione è troppo vaga ed indeterminata, nè può chiamarsi caratteristica ed esclusiva del dritto. Di fatti tutte le arti scienze scoperte invenzioni son mezzi di sviluppo individuale e sociale, nè perciò formano parte del dritto positivo, nè vi è morale costringimento, senza cui ogni dritto è chimerico, per coltivar la tale scienza od arte, o slanciarsi per tale scoperta. Dunque può conchiudersi che siffatto principio predominante della filosofia morale germanica sia falso, se vogliasi il dritto riguardare come facoltà ingenita ed

essenziale all'uomo ; sia vago ed indeterminato se si voglia considerare come complesso di leggi positive (1).

§. 17. L'uomo non convenne nella civil società che per triplice fine ; 1.^o vivere ; 2.^o vivere felicemente ; 3.^o fiducia che non siano per mancare le due prefate condizioni : in altri termini l'uomo convenne io società per la *vita*, cioè esistenza dei dritti ; *libertà* cioè esercizio giusto e moderato dei dritti ; *tutela* cioè *garantigia* dei dritti medesimi. Dalla tutela sorge la necessità del dritto di punire. Essenza della individualità è il desiderio della propria conservazione che debbe conciliarsi col sentimento della identica natura degli altri uomini se vuolsi ch' esistano e si reggano con rettitudine le civili comunanze dette da Vico *sommi generi delle umane utilità*. Siffatto desiderio nelle aristocrazie si tramuta nel benessere di pochi ; nelle disordinate democrazie nel benessere apparente di tutti ; e nelle monarchie le quali siano sregolate degenera in freddo egoismo. Da siffatta ardua conciliazione deriva e spiegasi il dritto naturale delle società or mal conosciuto nei principi, or mal'eseguito nelle pratiche, sempre rappresentato dalla forza, e spesso travestito nei fini per l'errore e la cupidigia, capitali degenerazioni della natura umana. Da siffatte degenerazioni nasce la discordia degl' interessi privati, e'l traviamiento dei medesimi dal pubblico interesse, e dalla civile beatitudine.

§. 18. Interrogando la nostra coscienza troveremo il sentimento della esistenza del nostro spirito indipen-

(1) Le differenze tra la morale e'l dritto secondo la scuola germanica sono le seguenti : 1.^o La moralità è una qualità semplice, il dritto è una qualità di rapporto, imperciocchè presuppone la coesistenza di più uomini. 2.^o La moralità consiste in fare il bene per lo bene, il dritto non riguarda che i rapporti condizionali della vita umana. Queste condizioni sono un fatto esteriore, e quindi si lasciano determinare senza riguardo alla buona o mala volontà di colui che deve fornirle. 3.^o La morale è il fine ; il dritto n'è il mezzo, e la condizione — Ahrens Filosofia del dritto 1.^a parte generale.

dente da tutte le altre sensazioni che la modificano. Il sentir di sentire, l'appercezione originaria altrimenti detta coscienza colle forme di tempo e di spazio indefinito costruisce il libro della natura, e si slancia nel mondo dei fenomeni. Allorchè l'io considera l'essere non circoscritto da questi limiti, acquista la idea dell'essere puro infinito, che non è determinato da tempo perchè eterno; non da spazio perchè immenso, e perciò di sua natura immutabile (1).

La natura fenomenica che non può concepirsi senza tempo e spazio è di sua natura mutabile, e vive per questo perenne movimento,

*Le sue permutazion non hanno tregue,
Necessità la fa esser veloce* (2).

come dice Dante. Perciò il tempo o non deve definirsi, o non può, se si vorrebbe, definire altrimenti che colle solenni parole di Aristotile, *misura del movimento. Mensura motus* (3).

È dunque vero che nella natura regna un perenne movimento: *Aeterno percita motu*. Le nostre meditazioni sul corso della umanità delle nazioni offrono la dimostrazione *a posteriori* dell'anzidetta verità. Ogni legislazione ci presenta una lotta tra il *dominio* e la *convenzione* ossia la industria, l'uno e l'altra sono scambievolmente in ragione inversa. Dall'apogeo del dominio la umanità principia il suo corso, e lo termina più o meno rapidamente, secondo che vien modificato da strane circostanze, all'apo-

(1) Dio solo è l'Essere per eccellenza, la cagione delle cagioni, colui

Ove si appunta ogni ubi ed ogni quando.

DANTE, Parad. XXIX.

(2) Inf. VII.

(3) *Del tempo disse S. Agostino* (Confess. lib. 2, cap. 14).
Si nepmo ex me quaerat, scio: si quaerenti explicare velim, nescio.

geo della convenzione. Nel primo stadio questa è schiava del dominio, il cui edificio circonda di bronzo per renderlo inespugnabile, ed incatena l'uomo alla terra. Nell'ultimo stadio il dominio è il trastullo della convenzione. Nel corso medio si ravvisa lo sforzo della convenzione indiritto primamente a lontanare da sè la ferrea mano del dominio, e poscia a signoreggiarlo. Dal dominio che noi diremo *prepotente* sorge il dominio ottimo e massimo dei campi; la niuna o ristrettissima facoltà di disporre, la servitù della maggior parte degli uomini alla terra; la successione ordinariamente invariabile; i primordi e la conservazione della nobiltà, ed altre istituzioni ed abitudini, le cui origini ci esposero moltissimi eruditi con assai parole, e con poca filosofia.

§. 19. Da chi si studia ordir la tela storico-ideale di ogni legislazione debbonsi osservare principalmente due leggi primitive in ciascuno uomo. 1.^o *impenetrabilità*. 2.^o *movimento*, entrambi derivanti da necessità di natura. La essenza umana non può consistere senza la impenetrabilità individuale, e mal consisterebbe senza la impenetrabilità famigliare e civile (1). Non potrebbe vivere senza movimento. La prima allontana la distruzione intiera, o parziale dell'uomo; il secondo ne allontana la inerzia e l'egoismo. Dalla impenetrabilità sorge nell'uomo la coscienza della sua dignità, e del suo carattere inviolabile. Senza questa non vi sarebbero tratti originali energici e caratteristici d'individualismo. Togliete ad una nazione la sua impenetrabilità, e le avete tolto la sua politica esistenza, la sua dignità, la coscienza delle sue istituzioni, l'originalità de' suoi pensamenti, il rispetto e l'amore delle sue tradizioni; essa sarà cadavere di nazione; non popolo, ma mol-

(1) *Societas nostra lapidum fornicationi simillima est, quae casura nisi invicem obstant: hoc ipso sustinetur.* Seneca epist. 94.

titudine. Toglietele il movimento, ed essa vivrà in una inerzia brutale e feroce, pronta a sacrificare ai capricci del municipio e della tribù gl'interessi sacri e generali della umanità.

§. 20. Mentre in Germania due scuole diverse, la *storica* di Savigny, e la *filosofica* di Gans per differenti vie si studiano migliorare la scienza del dritto, ed ampliarne l'estensione; in Francia si ricorre a mezzi di transazione per conciliar la coscienza dell'uomo colla storia, ed in altri termini, l'assoluto col contingente, la ragione cogli annali della umanità. Taccio le operose e gravi vigilie della scuola storica, e i suoi studî indefessi sul dritto romano e germanico: ha molto meritato della erudizione, ma poco della filosofia, e per lo più si perde in indagini microscopiche ed infeconde. Gans, mente ardita e brillante inebbriata del trascendentalismo di Kant e di Hegel, si è sforzato di applicare nel campo legislativo le suità psicologiche, l'obbiettivo, i sogni e la sfrenata indipendenza del puro razionalismo. Sforzo magnanimo ma infelice, come ci può dimostrare il di lui Saggio sulla successione contraddetto dagli storici monumenti. Il filosofare Alemanno invase la Francia. Cousin, siccome ci narra Jouffroy nel *Globe*, abbagliato dalla trilogia dell'infinito del finito, e dei rapporti dell'uno coll'altro, vuole applicarlo alla storia filosofica religiosa e politica. Tre stadî, secondo lui, ha la filosofia; e tre parimente ne ha l'umanità legislativa e religiosa. Nella prima epoca regna l'*infinito*: l'uomo stupefatto dalla immensità della natura che l'involge e l'aggrava, è senza riflessione e senza arte. Orbato della sua coscienza viene assorbito dal mondo esteriore: la sua religione è il panteismo, il suo governo è la monarchia. Nella seconda epoca regna il *finito*, quando l'uomo ha già fatta una esistenza a sè e considera quasi solamente la propria individualità senza curarsi del di fuori: la sua religione è il politeismo,

il suo regime politico è la repubblica. Nella terza epoca campeggiano i rapporti tra l'infinito e l'finito, quando la mente umana non assorbe in sè la immensità della natura, nè viene assorbita dalla medesima. La sua religione è il deismo, il suo regime è un temperamento di più governi. Trilogia più brillante non si poteva immaginare da chi fidandosi troppo sulle ali della fantasia non cura discendere nel mondo dei fatti e delle tradizioni. La nostra opera sarà, come speriamo, la confutazione incontrastabile di questo splendido ma falso concepimento.

§. 21. La Francia anelava di rinvenir da per tutto il giusto mezzo tra l'Epicureismo e lo Stoicismo, tra il dommatismo e la sensazione, tra l'unità e la varietà politica, tra la regola e l'attività nelle belle arti, tra il classicismo e l'romanticismo nella letteratura. Tra questi pacieri enciclopedici non dee passarsi sotto silenzio Ancillon. Non taccio gli sforzi generosi di Lermnier anima ardente che riveste le idee di schietta e fervida eloquenza, che ricerca l'esistenza del dritto nella coscienza dell'uomo, nella storia e nella scienza, cercando di conciliare la natura umana colle tradizioni dei popoli. Nobile fu il suo divisamento, e sarebbe stato assai più commendevole se internandosi nelle intime regioni della storia filosofica avesse ravvivato con profonda precisa e limpida analisi le diverse materie del dritto. Il nostro Vico avea preconizzato l'impero del senso comune. Questo impero è giunto, non essendo il moderno *ecletismo* che la filosofia del senso comune applicata alla critica de' sistemi.

Nel secolo scorso Hume inaugurò le sue meditazioni filosofiche dalla più grave e profonda quistione metafisica la quale aggirasi intorno la connessione della causa e dell'effetto; e sostenne che la idea di causalità non fosse un concetto *a priori* della ragione, ma una più intensa concezione derivante dai sensi, e fortificata dalla abitudine; un parto spurio

della fantasia ingravidata dalla esperienza. Reid ed i suoi seguaci a combattere lo scetticismo di questo scrittore ebbero ricorso al senso comune, assumendo che vi ha delle verità fondamentali nella nostra mente, verità comprese dal volgo, non disdegnate anzi accolte dal filosofo, le quali determinano distintamente il giudizio del nostro spirito.

A di nostri nella penale legislazione Pellegrino Rossi quando vide troppo in su levato come principio di sistema penale l'utilità sociale; quando per l'opera immortale del nostro Romagnosi questa uscì chiara per evidenza di fatto, forte di metafisiche deduzioni e per filantropiche vedute giusta certa necessaria prudente moderata e feconda di benevole conseguenze: intese il bisogno di conciliar questo principio con quello della moralità, ed ebbe ricorso al senso comune per la intuizione di certe prime verità che ci rivela l'appercezione della coscienza, e che il raziocinio si dispera a dimostrare.

§. 22. Or che la metafisica e la legislazione ricorrono al senso comune, come a faro luminoso nella notte de' principj fondamentali delle scienze, come ad egida potente contro gli assalti dello scetticismo, come ad ancora di salvezza fra gli ondeggiamenti dell'umano arbitrio; ci conviene senza prestigio di autorità, senza idee preconcelte o precipitose esaminar l'indole del medesimo senza cui è vana ogni legislazione ed infruttuosa ogni teoria. Ciò ch'è questo senso per la intelligenza, è l'abitudine per la volontà. In esso raggirasi il pensiero dei popoli, e questo pensiero è la teoria delle loro costumanze, è l'assioma dei loro voleri, è la tutela delle sociali convenienze. Vico lo chiama *sesto senso che concatenando la nostra specie colla divinità, non si cambia giammai, e fa tutta la bellezza del mondo civile*.

Dice anche lo stesso scrittore che « gli uomini che non sanno il vero delle cose procurano di attenersi al certo, perchè non potendo soddisfare l'in-

telletto colla scienza, almeno la volontà riposi nella coscienza. La filosofia contempla la ragione onde viene la scienza del vero; la filologia osserva l'autorità dell'umano arbitrio onde viene la scienza del certo. L'umano arbitrio di sua natura incerto egli si accerta e determina col senso comune degli uomini. Il senso comune è un giudizio senza alcuna riflessione comunemente sentito da tutto un'ordine, da tutto un popolo, da tutta una nazione, da tutto il genere umano ».

Questi sublimi pensieri del nostro Vico meritavano esser espressi e dimostrati con maggior lucidezza e precisione. Non vi ha dubbio che la filosofia contempli la ragione onde viene la *scienza del vero*; che questa s'indaghi e si ritrovi dentro la natura della nostra mente, e nella forza del nostro intendere, per condurla a Dio com'eterna verità. Non vi ha dubbio parimenti che la filologia osservi l'*autorità dell'umano arbitrio*; onde viene la *coscienza del certo*; e che l'umano arbitrio si accerti e determini col senso comune degli uomini. Ma come sorge il senso comune, quale influenza esso ha nelle consuetudini, nelle leggi, e nella vita del genere umano cioè nella storia della società e dell'individuo: come accerta e determina l'autorità dell'arbitrio umano?

Dal seno della umana natura nascono i bisogni, dai bisogni i desiderî, l'espressioni i mezzi e le guise di soddisfarli. Tutto ciò è variamente modificato secondo i diversi gradi di civilà intellettuale e morale, sebbene una sia la sorgente onde derivano. Quando un ordine, una nazione, o tutto il genere umano sente gli stessi bisogni, è mosso dai medesimi desiderî, gli esprime colle stesse azioni, adopera i medesimi mezzi per soddisfarli: vi ha concordia di sentimenti e di giudizio in tutto l'ordine, in tutta la nazione, in tutto il genere umano. Siffatta concordia, questa mente umana delle nazioni, questa pratica universalissima di filosofia, come la chiama Vi-

co, dicesi senso comune, che riducendo le svariate manifestazioni della intelligenza e della volontà a certe categorie generali, determina l'arbitrio umano. Da questa determinazione sorgono le consuetudini e le leggi. Il senso comune è la luce che barluma in mezzo alle dense tenebre dei secoli; è la face che rischiara la genesi, i progressi e le stesse deviazioni dell'umano arbitrio e dirige la mente che vuol penetrare nei laberinti delle infinite ed innumerevoli determinazioni individuali (1). Ogni grado di umanità è distinto da certi tipi caratteristici i quali rivestiti alla meglio del vero della ragione costituiscono la perfezione relativa delle abitudini delle leggi e delle civili istituzioni.

CAPITOLO III.

DELLA MISSIONE POLITICA ED UMANITARIA DELLA GIURISPRUDENZA CONSIDERATA NEI DIVERSI STADI.

*Rebus cunctis in est quidam velut orbis,
ut quemadmodum temporum vices, ita
morum vertantur.*

TACIT. ANN. III, 55.

- §. 23. Riepilogo dei precedenti capitoli.—Applicazione delle idee dell'infinito, dell'indefinito, e del finito.
- §. 24. Si considerano tre periodi della giurisprudenza relativamente alla sua missione, alla sua sostanza ed alla sua forma.
- §. 25. Relativamente al principio filosofico che l'anima.
- §. 26. Perenne movimento delle scienze e delle arti, e segnatamente della poesia.
- §. 27. Influenza del Cristianesimo sulla giurisprudenza.
- §. 28. Influenza del commercio sulla medesima.

§. 23. Abbiain veduto precedentemente quale influenza spieghino le tre idee dell'*infinito*, dell'*indefinito* e del *finito* sulla poesia, la filosofia e la legi-

(1) Aristotile assai loda quei versi di Esiodo, ove costui dice « non esser senza fondamento quel giudizio ch'è comune alla maggior parte dei popoli » *Eudem. lib. VI. 13.*

slazione. Abbiamo all'uopo dichiarato i concepimenti dei più famigerati filosofi Italiani e stranieri, ed esposto i nostri divisamenti colla precisione e brevità che per noi poteasi maggiore. L'archetipo dell'*infinito* influisce potentemente su tutte le umane conoscenze, qualunque denominazione esse prendano, ed a qualunque oggetto si volgano. Or sotto l'aspetto del *bello* domina nella poesia: or sotto il nome di *vero* forma il tema principale della filosofia; or sotto le sembianze del *bene* signoreggia tutta quanta è la legislazione. Dio è il principio e la causa, il fonte, il fine e l'idea animatrice di ogni vero sapere, ma sotto varie forme.

La idea dell'*indefinito* influisce molto sulle arti belle, e segnatamente sulla poesia, il cui linguaggio è pieno di vive immagini e di splendide figure che ingrandiscono gli oggetti, e popolano la natura di esseri nuovi ed ideali. Nell'*indefinito* s'ispira il genio dell'artista: esso è la sorgente delle più dolci creazioni dell'uomo. *Poesi* significò tra i Greci la creazione divina e la umana, cioè la creazione propriamente detta e la poesia. Ma la filosofia e la legislazione dovrebbero descriver la natura qual'è, svelare i suoi misteri, scoprire le sue leggi, interrogare

L'arte divina negli enti racchiusa,

per servirmi delle parole del Campanella: esse in somma debbono non creare, ma spiegare il creato. Quindi non vive immagini, ma ragionamento; non figure ed amplificazioni, ma precisione, tecnicismo e profonda osservazione debbono aver signoria nelle suddette scienze. Ciò non ostante per ispiegar le cause di molti fenomeni, la filosofia è spesso costretta ad aver ricorso a creazioni scientifiche dette altramente *ipotesi*. Ogni legislazione barbarica sopraffatta dalle abitudini generali e prepotenti di una classe, è co-

stretta, allorchè si accinge a determinare l' indefinito arbitrio umano, a dilungarsi dall' equità vera e primitiva per foggarsi una equità *parvente* magnatizia, e quindi mutabile ad ogni periodo di civiltà. La giurisprudenza col perenne suo corso è destinata a ricondurre le civili comunanze dall' equità *eroica* e *parvente*, conversa dai primi legislatori in giustizia civile degli ottimati, all' equità vera primitiva e naturale, che poi si fa tra le nazioni spiegate a piena coltura, giustizia civile dell' umanità.

Relativamente alla idea del *finito*, la poesia, per divenire efficace e raggiungere con successo il di lei scopo, debb' esser popolare, cioè debbe vestir sembianza e fisionomia nazionale. La legislazione deve occorrere ai bisogni speciali del popolo che da lei si governa: la stessa filosofia di sua natura cosmopolita ed universale, perchè torni vantaggiosa ad una nazione, deve illuminarne la mente, riscaldarne il cuore; depurando le passioni di un popolo, interpretando e migliorando i suoi bisogni; versando luce di ragionamento sulle idee e le tendenze delle masse, ed elevando a *scienza* la loro *coscienza*, può e deve soccorrere e manodurre la giurisprudenza nel corso lento e costantissimo della umanità, e nei solenni mutamenti legislativi.

Favellando dell' *indefinito* in legislazione, noi abbiamo avvertito che la legge determina l' umano arbitrio, dichiara e protegge dritti, impone doveri, e veste di autorità il vero della ragione così come si rivela al senso comune di una classe o di un popolo. Nei primi governi il predominio della classe sul popolo non comporta che una equità *parvente* e magnatizia la quale regna sotto il nome di giustizia civile. La giurisprudenza pria madre delle leggi, poscia interprete di novelli bisogni e figlia di novelle idee, ed in ciò primamente timida e contegnosa, dipoi eloquente ed audace, non si acqueta finchè non si distruggano i vecchi principi; ed essa a sua

volta non divenga legge: finchè dall'equità parven-
te, dal gius rigido dei padri, dall'uguaglianza delle
classi non si riesca all'equità vera, al gius naturale
e semplice, all'uguaglianza giuridica.

La miglior custode del palladio delle leggi è la
consuetudine coscienziosa di un popolo, cioè il vo-
lere universale uniforme mutato in abitudine civile.
Non può distruggersi o modificarsi una legge senza
che pria si distrugga o si modifichi la consuetudine
su cui si poggia, e di rincontro al vecchio bisogno
sociale non sorge un bisogno novello, che prima e-
spresso dal nudo desiderio dei pochi, quindi senti-
to da tutta, o massima parte della società, poscia
garentito dall'*ermeneutica* dei forensi in linea di ec-
cezione, finalmente si converte in regola generale do-
po aver subito tutt'i gradi di una intera metamorfosi.

Ma pria che l'audace scienza dei pochi magnani-
mi non divenga solenne coscienza di un popolo, la
giurisprudenza dee correre fra la varietà, l'asprezza
e'l tumulto delle opinioni, le quali parlano mille
linguaggi, e si volgono in lunghe tortuosità come
un meandro. Come le tele sottilissime di Aracne sor-
gono gli *euremi* dei giureconsulti; e tra la contra-
rietà di leggi e d'interpretazioni, tra la lotta di an-
tichi e di nuovi bisogni; l'umanità che progredisce

*Luctantes ventos, tempestatesque sonoras .
Imperio premit.*

§. 24. La giurisprudenza adunque, nel corso e
ricorso della civiltà delle nazioni, percorre tre stadi,
e considerata sotto l'aspetto della sua missione, nel
1.^o stadio ella è *vindice* e *custode* della legge: nel
2.^o divien' *emula* della legge medesima; nel 3.^o fi-
nalmente è *foriera* della legge nuova, anzi ella stes-
sa si converte in legge regnante.

Considerata relativamente alla sua sostanza, la giu-
risprudenza nel 1.^o periodo è *aristocratica*; nel 3.^o
aristocratico-popolare, nel 3.^o poi *popolare*.

La società s'inaugura col dominio esclusivo di pochi, e con dritti esclusivamente civili di una sola classe. Il rimanente del popolo non può aspirare al dominio ottimo dei campi, ed alle insigni prerogative della classe regnante. Di qui sorge la lotta tra gli ottimati e la moltitudine, lotta che non ha termine finchè questa ultima non viene adeguata alla casta nobile, o per dirlo altrimenti finchè non si comunichi ai plebei la stessa uguaglianza giuridica che hanno tra loro gli ottimati.

Considerata la giurisprudenza in rapporto alla sua forma, nel 1.^o stadio è *grezza e reale*, nel 2.^o *fittizia e simbolica*, nel 3.^o *pura e spirituale*.

La mente umana nella sua primitiva e grossolana semplicità guarda indistintamente un ingombro materiale, e non sa sceverarlo abbastanza dagli altri, nè decomporlo ne' suoi elementi. Quindi sorge quella rozza unità negli atti, quella indivisibilità nelle azioni di legge, e quella scrupolosa fuga di laguna nel tempo e nello spazio. A ciò succedono le finzioni, concetti *numenici*, che creano nella interpretazione delle leggi nuovi rapporti giuridici. Il Pretore, i giureconsulti, annodando tempo a tempo, persona a persona, e sostituendo alla realtà il simulacro il simbolo di costei, vennero ad allargare le angustie del dritto primevo. Di qui derivò che il famoso *unico contesto* degli atti, quel divieto asprissimo e troppo esteso d'interrompimento; quella inesorabile celebrità degli atti legittimi a poco a poco si rallentò. Le finzioni legali che quando più si approssimano di tempo al primevo dritto della forza, più ritraggono in sè di verisimiglianza; in processo di tempo divengono larve ed ombre che si dissipano al raggio di una metafisica più pura e indipendente (1). Così per esempio presso i Romani in caso di rivin-

(1) *Steriles veri* per servirmi delle parole di Persio.

SATTA. V. 75.

dica i litiganti andavano col magistrato nel fondo controverso; poi vi andarono i litiganti solamente: in appresso questa gita fu simulata; da ultimo questa finzione fu tolta come vana ed oziosa.

Quando le menti sono spiegate, e la nuda convenzione è sufficiente per trasferir la proprietà, l'antica *tradizione* nelle vendite è inutile, e tale dopo le giuste osservazioni dei migliori filosofi moderni fu ritenuta dalla legislazione Francese. Quindi si può scorgere quanto sia retrograda l'opinione di Pellegrino Rossi, che per evitare gli errori, gl'imbarazzi e le complicazioni che possono sorgere dal trasferimento intellettuale della proprietà, vorrebbe un fatto materiale esteriore che venga a recare in atto l'obbligazione, perfezionarla e darvi corpo (1).

La giurisprudenza può dirsi meno interpretazione della legge, che dichiarazione dei succedevoli bisogni della umanità. Con ciò si spiega ciò che dice Vico (2) che la giurisprudenza sveste il carattere di

(1) Memoria sul dritto civile Francese considerato ne' suoi rapporti collo stato economico della società.

(2) Da ciò deriva la facoltà pretoria in Roma *adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis* L. 7 §. 1. ff. de Just. et Jur. e la mania generale nel medio evo di tormentar le leggi colle *limitazioni* e *subampliazioni*, *somme*, *casi*, *pratiche praticate*, *pregiudizi in termini terminanti*; barbare voci di tempi barbarici incastrate in faragginosi, pesantissimi ed innumerevoli volumi. Allora si fa maggiormente sentire la massima insidiosa, talismano lusinghiero e potente di ogni arbitrio

Judicis auxilium sub iniqua lege rogato,

e negl'anim'insofferenti i quali o non conoscono, o male intendono questo bisogno della umanità, sorge il desiderio di Leibnitz che in roghi di espiazione ardessero tutt'i libri dei giureconsulti. Suole avvenire, dice Pomponio, che dopo la legge venga la interpretazione, e si renda necessaria la disputa del foro l. 2 §. 5. ff. de orig. Jur. E Cicerone afferma dei giureconsulti che furono da costoro alterate moltissime disposizioni legislative. Orat. pro Murena. Di fatti il pretore *viva voce* della legge decemvirale, mentre colle *azioni* tutelava il gius ci-

summum jus e tende all'*aequum bonum* sì che all'autorità della legge subentra l'autorità dei sapienti e dei magistrati. Così l'umana natura *aeterno percita motu* trova nella succedevole interpretazione delle leggi una insensibile transizione ad un ordine nuovo di cose e d'idee. Sebbene si volesse, seguendosi la massima Aristotelica ripetuta poscia da Bacone, diffinire tutto ciò che si possa colle leggi, e lasciar quanto meno si possa all'arbitrio dei giudicanti (1); e sebbene le disposizioni legislative fossero pesate come metalli, sono inevitabili i mutamenti dei quali spesso si fanno araldi i giudici ed i giureconsulti.

§. 25. La giurisprudenza considerata relativamente al principio filosofico che l'anima, nel 1.^o stadio è *sensitivo panteista*, nel 2.^o *sensitivo-civile*; nel 3.^o *civile e trascendentale*. Non vi ha dubbio ch'ella in sè contenga non solo la storia delle leggi positive, e delle costumanze di un popolo, ma ancora gli animali i più fedeli di tutta la di lui civiltà. Ella potrebbe esserne il termometro più sicuro, ma sventuratamente n'è stato finora il più negletto. Non vi è letteratura, non vi ha scienza che non ami adornare o sottilizzare il responso del giureconsulto: non vi è errore o falso sistema predominante in una nazione che non lasci sentir la sua forza nell'immenso campo del foro. Ulpiano con solenni parole disse la giurisprudenza, *divinarum atque humanarum rerum notitiam*,

vile, coll'*eccezioni* soccorreva al dritto naturale, e *splendide mendax* colle sue magnanime menzogne mitigava la fiera legislazione antica simile a *regolo di ferro*, agguagliando tutte le ingiuste utilità alla formola di natura, come a *regola Lesbica*. Bene osserva il nostro Vico, che il dritto pretorio fu il tralcio con cui il dritto delle XII Tavole si trasferì rifatto e rinnovellato nel dritto recente delle *Costituzioni de' principi*.

(1) Arist. Rhet. lib. 1. cap. 1.

(2) I quali in talune epoche possono dirsi rettamente *optimi condendi juris auctores*, *conditi juris mali interpretes*, come giustamente Grozio chiamò Bartolo, Accursio, Baldo ed altri giureconsulti. De Jur. Bell. et Pac. Proleg. §. 54.

per significare l'immenso campo in cui si spazia, di modo che niun'arte o scienza è straniera al giureconsulto (1). La giurisprudenza romana tutta senso e panteismo sotto i Decemviri, animò tutti gli oggetti di un'aura divina e li circondò della forza teocratica. Campi, biade, vigneti, termini eran tutti cose sante; e sacrilego diveniva chi le violasse, il quale si offriva vittima alla divinità offesa, quindi da *supplex supplicium*: liturgia religiosa era il procedimento giudiziario, quindi le prime formole *orare furti*, *orare pacti*. I testamenti, i contratti nella loro celebrazione non si poteano interrompere, come interromper non si poteva il fuoco eterno di Vesta. Ogni dominio in sè conteneva l'idea di una fisica apprensione personificata di lari, ed animata dagli auspizi. Tutto era pieno di Giove; tutto era Giove; e la mente umana non era che immaginazione, divinità e sentimento.

La giurisprudenza sotto i Pretori diviene *sensitivo-civile*. La religione dello stato non era primamente che quella degli auspizi degli ottimati. Il culto della casta regnante era la religione del governo. Ma sotto i Pretori a poco a poco l'autorità dei lari magnatizi cominciò ad affievolirsi, e di rincontro si fortificava l'autorità dell'Iddii maggiori; il politeismo delle famiglie si sottometteva al politeismo dello stato, e n'era assorbito, come sotto l'impero il politeismo dello stato si confondeva con quello delle altre nazioni; e ciò fu mirabile disposizione della divina provvidenza, affinchè il Cristianesimo dopo l'assorbimento, la mescolanza e la fusione dei riti e delle religioni dei diversi popoli si aprisse più luminoso il sentiero alla diffusione delle vere credenze. Sotto i Pretori il dominio ottimo, cioè sacro e quiritario dei padri sulle terre è conservato, ma sorge il fatto del possesso a pro dei plebei, si garantisce il fenomeno della detenzione dalla inesorabilità

(1) L. 10. §. 2. ff. de Just. et Jur.

dell'antico panteismo. Si disse *civile* l'antico possesso dei padri, i quali aveano la pienezza dei dritti cittadini, e l'esclusivo godimento dei lari e degli auspizi onde il dominio doveva essere animato per dirsi *civile* e *sacro*. Si disse *bonitario* e *naturale* il possesso dei plebei, i quali non godeano la pienezza dei dritti cittadini, non aveano auspizi; anzi si congiungeano tra loro *more ferarum* come non partecipi del gius religioso dello stato. Ecco il genuino significato di possesso civile e naturale, che poscia alterato nella stessa Roma, quando la condizione civile dei plebei fu assimilata a quella de' patrizi, fu malamente spiegato dagl'interpreti del dritto romano, dagli scrittori francesi e dalla scuola Germanica.

Le azioni di legge così scrupolose nei loro principj sono a poco a poco mitigate, e poscia abolite dalla legge Ebuizia, e dalle due leggi Giulie.

La giurisprudenza *civile* e *trascendentale* negli ultimi tempi della repubblica, e sotto l'impero, separa di lungo spazio la realtà dall'apparenza delle cose; nell'esame del dritto non si arresta al primo fenomeno, ma sibbene al fenomeno che si scorge più prossimo alla causa; tutela il dominio col nudo concetto dell'animo; riduce a semplicità il procedimento giudiziario; distrugge le favole, i vani simulacri; colpisce d'*impossibilità morale* le azioni turpi ed empie, e sveste il dritto dal primevo e rude involucro dei sensi. Il linguaggio della giurisprudenza breve e maestoso sotto i Decenviri, drammatico ed eloquente sotto i Pretori, diviene filosofico e conciso negli ultimi tempi della repubblica e sotto l'impero (1).

§. 26. Nè può dirsi solo della legge che abbia un

(1) Sotto gl'Imperatori Bizantini assume un tuono enfatico e declamatorio alla maniera orientale. Nel miscuglio delle leggi da essi promulgate spesso si trovano le sottigliezze greche vestite di uno stile gonfio ed esagerato.

perenne movimento. Le scienze e le arti seguono il medesimo destino. La poesia può dirsi la giurisprudenza del bello. Essa ne contiene la storia, e non tutt'i generi di poesia si affanno a tutt'i tempi. Aristocratica sotto un governo eroico crea l'epopea, la tragedia e la lirica sublime. Popolare sotto un governo democratico o monarchico crea la commedia, la bucolica, la lirica amorosa, la satira. Sotto il primo aspetto la poesia è rivolta a celebrar fatti pubblici, imprese solenni ed eroi. Sotto il secondo aspetto la poesia, o scherzando colla commedia, o fulminando colla satira, o riscaldata ai raggi di amore narra fatti particolari, motteggia vizi, innalza beltà individuali, e scende nelle più minute e determinate gradazioni della famiglia e dell'individuo così nobile come plebeo. E questo fatto costante che la storia ci assicura non può spiegarsi altrimenti se non che l'uomo è inclinato a divinizzare ciò che più percuote la sua fantasia, e non si rivolge alla descrizione della vita individuale, e dei lari domestici, se non nei giorni di passioni più moderate, quando l'eroismo dei pochi cede il campo alla individualità della moltitudine.

§. 27. Oltre le vedute finora espresse, in cui ho considerato la giurisprudenza, bisogna qui aggiungerne altre due, le quali esercitarono una potentissima influenza nel ricorso della umanità dopo la barbarie ritornata del medio evo. Il Cristianesimo ed il commercio han segnato una lunga linea di separazione tra l'antico ed il novello mondo civile.

La vecchia religione del Lazio fatta venerevole da tanti secoli, incarnata nelle più gloriose tradizioni, e negli annali guerreschi e civili del popolo re, decorata dal trionfo di cento Consoli, dalla penna dei più famosi scrittori di Roma, coverta del manto purpureo dei Cesari, e difesa dalle aquile vincitrici dell'impero, dovè cedere il campo ad una religione venuta d'oriente, nata col sangue del suo fondatore,

cresciuta fra i triboli e le persecuzioni, vilipesa dai potenti, derisa dai filosofi, ma che umile ne'suoi principî, costante nelle sue massime, forte nella coscienza del vero che annunziava, conquistò le aule dei principî, i militari accampamenti e i portici della filosofia. Collocata in mezzo alle secolari istituzioni del vecchio mondo, non potè subito distrugger tutto. La legislazione Bizantina è una transazione tra il vecchio e l'nuov'ordine di cose. Conservò la schiavitù ma più moderatamente, non migliorò le relazioni umanitarie tra l'impero e lo straniero. Ma quando le tribù del Nord rinnovellarono le già logore generazioni del Mezzodì; quando in mezzo ai fremiti dei conquistatori e dei conquistati, degli oppressori e degli oppressi surse potentissima una voce dal tempio, la voce dei Pontefici Romani, veri tribuni della umanità conquistata; il Cristianesimo ch'era stato costretto a rispettar le ruine dell'antico ordine civile nella sede augusta dei Cesari Bizantini; cresciuto di possanza e di autorità, non solo creossi un codice per umanità e per saggezza commendevole, qual'è appunto il gius canonico; ma spiegò i suoi benefici raggi sui codici di tutt'i popoli cristiani, e collo sforzo che per lui poteasi maggiore, temprò la rigidità della ricorso barbarie: ravvicinò l'uomo all'uomo nell'interesse supremo ch'è la conoscenza e l'adorazione di una stessa divinità, fonte di luce e di amore, ed oceano comune di tutte l'esistenze: proclamò l'assioma che fine della legge è la carità, *finis legis charitas*; il quale subentrò al politeismo egoistico de' primi popoli: dichiarò gli uomini d'identica origine divina,

*Nati a formar l'angelica farfalla
Che vola alla giustizia senza schermi,*

tutti destinati a compiere una missione sublime nel pellegrinaggio della terra. Quindi

*Nuove franchigie annunziano
I Cieli e genti nove,*

E la umana dignità fu rialzata alla sua naturale altezza. Il seme del cristianesimo fu sparso in secolo fecondo di colpe, imperciocchè i discendenti degeneri dei Romani dei Sabini dei Sanniti aveano ripudiato le rozze ed avite virtù tosto che si adagiarono sui molli tappeti dell'Asia, e bevvero il calice inebriante del voluttuos' Oriente. Secolo di prepotenza di corruzione di turpitudine, vide spuntare una stella, che modesta, derisa ed esecrata ne' suoi principi, col progresso degli anni vestì di benefica luce presso che tutto l'orbe, e rinnovò la faccia della terra. La religione Cristiana rese indissolubili le nozze elevandole all'altezza di Sacramento. Ognun sa che le matrone Romane rotte ad ogni libidine numeravano gli anni non già coi Consoli, ma col numero dei loro mariti (1). Essa migliorò le relazioni domestiche slargate dai vizi; mitigò l'aspra sorte dei debitori; proscribbe le usure, tutelò la buona fede dei contratti; protesse e migliorò il commercio; affrancò la procedura civile da vani formolarì (2); e

(1) Giovenale Satyr. 6.

(2) Il primo Imperator Romano che abbracciò la religione Cristiana svelse dalle radici le formole di dritto che con uccellar le sillabe insidiavano a tutti gli atti. *Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus, radicibus amputentur.* Leg. I. Cod. de formulis et impetrationibus actionum sublatis. Cujacio nella prefazione del lib. IV. delle Decretali osserva che l'ordine de' giudizi stabilito dalle decretali in massima parte venne adottato nel foro civile. Holzio in un discorso inaugurale della sua cattedra pubblicato in Groninga nel 1822 coll'epigrafe—*Oratio de Jure praetorio, cum apud Romanos, tum apud Anglos, ad Jus civile supplendum aptissimo* dopo aver paragonati in molti punti i Pretori di Roma coi Cancellieri d'Inghilterra, espone come costoro che dapprima furono ecclesiastici distrigarono la procedura Inglese dalle ambagi e dai solenni del dritto Sassonico e Normanno, e fusero in quelle leggi, semplici regole di procedimento attinte dal gius Canonico.

A questo medesimo dritto si deve la Prammatica 1. *de ordine judiciorum* pubblicata da Ferdinando 1. Aragonese, colla quale

nei mezzi tempi giovò eminentemente all' emancipazione dei comuni Italiani. Nel corso dell' opera volenteroso ritornerò più volte su questo tema così consolante.

§. 28. L' altra novità è lo spirito d' industria, spirito utilitario ed ardente, che conciliò gl' interessi mondani, ed avvinse i popoli con legami novelli cospiranti al fine del benessere cosmopolitico, e tendenti a formar di tante nazioni varie d' indole, di abitudini e di favella una sola famiglia. Esso creò il principio della moderna economia politica, *essere la floridezza di uno stato in ragion diretta del suo commercio*. Allora, come dice Lemièrè,

Le trident de Neptune est le sceptre du monde.

E questo principio subentrò allo spirito di conquista che rendea la guerra così desolante; che legittimava la schiavitù dei vinti, e generava odio e diffidenza scambievole tra le nazioni. Così nel dritto che nell' economia politica dai più famosi scrittori oggi si conviene che le nazioni s' immediano e prosperino coll' ajutarsi scambievolmente, e non col combattersi e distruggersi, perchè sulle ruine del vinto si elevi il vincitore e si arricchisca delle sue spoglie opime. Non più s' idolatra l' antica e fiera massima, che il miglior ministro delle finanze sia la vittoria. Il principio di mutua ed operosa benevolenza tra le nazioni stringerà sempre più i loro legami, e potrà divenire il palladio della pace universale, e la sorgente inesausta di ricchezze più solide e durature.

Col principio religioso i rapporti tra le persone e tra i popoli si moltiplicano e si migliorano. Col principio industriale si creano nuove relazioni tra le co-

si prescrive che in qualsiasi contestazione si proceda per sola verità di fatto senza figura di giudizio.

se; gl'immobili divengono mobili per render più agevoli gli slanci del commercio ed aumentarne il credito, il materiale e la sicurezza. L'industria già stende, od è prossima a stendere vittorioso l'impero sulle ruine degli antichi pregiudizi che rendeano il dominio immobile ed inespugnabile.

CAPITOLO IV.

DELLA FRASEOLOGIA LEGALE.

- §. 29. Indole e vicissitudini delle voci.
- §. 30. La lingua latina fu cattiva interprete delle consuetudini del Nord.
- §. 31. Danno che derivò dalla pedanteria nella lingua e nella legislazione.
- §. 32. Corso perenne delle idee e delle voci.
- §. 33. Missione della Corte Suprema di Giustizia.

Or ci convien favellare della fraseologia legale, delle vicissitudini che subisce nel crescere dei bisogni, e nello sviluppo del linguaggio, e degli inconvenienti dannosissimi della pedanteria grammaticale e forense.

§. 29. Così le idee che le parole, *termini* delle idee, debbono corrispondere alla indole dei tempi e delle nazioni. Il vocabolario è l'indice più sicuro della civiltà dei popoli. I segni dei nostri pensamenti si restringono o si estendono insensibilmente, e le loro perenni vicissitudini e mutazioni riepilogano le mutazioni e le vicende di una o più idee. Ogni voce racchiude una storia dalla sua primeva e grossolana origine, rozza sì ma piena di fuoco, di ardire e di tropologia; dal termine in cui la vita confondeasi col moto, l'una e l'altra col sentimento, l'obbietto col subbietto, i fenomeni della cosa colla cosa medesima, fin a quel termine di agghiacciamento per le frivole sottigliezze dei grammatici, i vani e polverosi scompartimenti dei sofisti. Ben disse Orazio nel suo codice del buon gusto che dal-

l'uso deve chiedersi la significanza delle voci; e qui l'uso non è certamente moda; è quell'uso figlio dell'ordine eterno delle cose, è quell'uso che deriva dalla natura dell'uomo, e ch'è spinto dalla necessità a creare nel tempo e nello spazio il *parelio* dei bisogni umani, ad imprimere nelle voci le orme del corso della umanità. Nella infanzia dei popoli i segni delle idee son rozzi, pochi e vestiti di un viluppo materiale. Questi viluppi si sciolsero a misura che crebbero i bisogni, e spiegossi la mente umana. Presso i latini la voce *emptio* esprime primamente ogni specie di alienazione (1). La stessa voce significò poscia un solo contratto. Ciò non ostante i Sabiniani ed i Proculejani si son battuti fieramente sulla vera determinazione di due voci compra (*emptio*) e permuta. Presso i Greci, i Romani ed altri popoli, più vocaboli significanti permuta si adoperarono, introdotta la moneta, a indicar la compra-vendita. *Chrao* appo i Greci, *mutuum* presso i latini (2) espressero indistintamente comodato e mutuo. Osservava Eneccio che presso gli antichi Germani molte voci indicavano ed indicano tuttora confusamente due o più contratti (3). *Hiphil* in lingua Caldaica significa il prestito ad uso, il prestito di consumazione e l'affitto (4).

§. 30. Quando l'ispida favella del Nord piena di primitive e vergini idee nella compilazione delle leggi cesse il luogo ad una lingua latina più barbara della stessa lingua dei vincitori; e si latinizzarono vocaboli esprimenti consuetudini settentrionali; nacque un disordine, una confusione ed una incertezza di teorie. Le idee, le leggi, i costumi di un popolo spirante e corrotto non poteano corrispondere ai bisogni ed alle usanze di un popolo rozzo ed ancor

(1) Sigonius de antiq. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. II.

(2) L. 49. §. 2. ff. de legat. 3.

(3) Elem. jur. germ. lib. 2. tit. 13 §. 360.

(4) Mazzech. ad Etymolog. Voss. γ. stipulatio.

fanciullo nella umanità legislativa. Così i vocaboli di usufrutto, di locazione ed altre moltissime, alle quali si affisse dai Romani una idea, nella ricorso barbarie ebbero una significanza così vaga e dubbiosa, che la maggior parte delle dispute forensi di quei tempi deve ripetersi dalla prostituzione delle voci romane, e dallo imbastardimento delle germaniche. Molte delle stesse voci furono tornate all'antica significanza. Così *mutuo* che dapprima indicò prestito ad uso, e prestito di consumazione; e poscia solo prestito di consumazione; fu tornato all'antico e indistinto significato (1).

§. 31. Non ebbe la Italia, anzi tutta l'Europa peste maggiore dei pedanti grammatici, i quali per serbare la purità del linguaggio romano di Cicerone e di Orazio, contaminarono le parole ed i concetti di nostra religione colle favole e colle voci profane del politeismo latino; così per non usarsi in lingua romana la voce *messa*, si adoperò la frase pagana *litare dīs manibus*; il concistoro dei Cardinali fu detto *collegium augurum*; *Joannes* fu trasformato in *Jovianus*, la vergine fu tramutata in *Minerva*.

La turba dei pedanti giureconsulti alterò corrupe e tradì colle voci latine lo spirito delle nordiche costumanze, e per un cieco fanatismo delle idee e della fraseologia del dritto Romano (2), la legislazione divenne

Una selva selvaggia ed aspra e forte,
un gineprajo complicatissimo, un cumulo di ambagi

(1) Cujacius lib. 28 Paul. ad Edictum. 1. 2. De reb. cred.

(2) « Quando poi si volle applicare la legge romana sì male
» intesa e sì lontana dai nostri costumi ed istituti totalmente
» diversi da quelli dei Romani, ai nostri affari, e conservare
» nello stesso tempo le nostre usanze, le quali era impossibile
» di cangiare: le regole della giustizia divennero molto più
» incerte di prima, e s'intrigavano in quistioni sopra conse-
» guenze ch'essi credevan dedurre dai testi. Tutta la giuris-
» prudenza perciò si ridusse in dispute di scuola e nelle opi-
» nioni dei dottori. Giannone. Storia civile lib. 28 cap. 2. §. 1.

inestricabili ; e le auguste parole del potere legislative divennero

Diverse lingue , orribili favelle ;

fino a che la filosofia del secolo XIX non pose mano alla nuova codificazione che ci governa.

Molto bene osserva Brisson che gli errori nella interpretazione delle leggi spesso derivano dalla ignoranza delle parole (1).

§. 32. Continuandosi la stessa pedanteria sopravvengono quei giureconsulti dominati da umore acre e battagliero, consarcinatori di centoni, ed uccellatori di sillabe, i quali mossi da privato interesse, in leggi chiarissime arzigogolando nodi di dritto ed enimmi, per isnodarne l'inviluppo fan soffrire alle disposizioni legislative il tormento di Mezenzio, uccidendo le leggi vive cogli abbracciamenti delle leggi morte, per servirmi delle frasi di Bacone.

Pretendere, osserva Verri, che non si cangi il vocabolario, è pretendere che non vi sia moto nell'universo (2).

*Opera naturale è che uom favella,
Ma così o così natura lascia
Poi fare a voi secondo che v'abbella.
E ciò conviene
Che l'uso dei mortali è come fronda
In ramo che sen va, ed altra viene.*

E Lebrun diceva del dizionario francese

*On fait, defait, refait ee beau dictionnaire,
Qui toujours tr s bien fait, reste toujours à faire.*

Il voler negare a molte leggi la loro temporanea convenevolezza, il progressivo loro mutamento, sa-

(1) Select. ex jur. civ. antiq. lib. 2. cap. 10.

(2) Discors. V.

rebbe una stolta ignoranza, imperciocchè la sperienza e la ragione ogni dì ci assicurano,

*Che una forza operosa le affatica
Di moto in moto.*

§. 33. A frenare l'arbitrio e le deviazioni della giurisprudenza, a conservar la genuinità delle nozioni affisse alle voci legali, a mantener viva, uniforme ed efficace l'osservanza del dritto, fu istituito in varie nazioni un supremo tribunale, che come custode e vindice delle leggi, dall'alto della piramide giudiziaria vigilasse sui collegi inferiori; nelle occasioni vi spiegasse la sua censura; coi suoi oracoli diffinisse i punti controversi ed ondegianti; e nulla omettesse perchè le leggi abbiano una sana e spontanea intelligenza, ed una prontissima esecuzione. « La Corte di Cassazione, diceva il relatore » della legge del 1.^o dicembre 1790 all'assemblea » costituente, servir deve a consecrare l'unità monarchica, a legar fra loro tutte le parti politiche » dell'impero, a mantener l'unità della legislazione, a prevenire la diversità di giurisprudenza. È » dessa la suprema custode della legge, la conservatrice della proprietà, il centro del potere giudiziario, il legame de' tribunali di appello, l'ultimo asilo della innocenza. »

M'arrestandosi la Corte suprema alla sola missione di conservare e propugnar la vera intelligenza delle leggi, e di diffondere sui collegi sottoposti lo spirito di uniformità nella giurisprudenza e di unità nella legislazione; il di lei scopo sarebbe troppo angusto, e la di lei istituzione sarebbe antiproggressiva; imperciocchè ferma nelle antiche dottrine conserverebbe stazionaria la scienza del dritto, non ostante l'impeto e la coscienza di novelli bisogni. Perciò questo supremo Senato, oltre il sublime officio di vigilanza e di censura, ha benanche il do-

vere di rimettere al Ministro di grazia e giustizia tutte le osservazioni che avrà fatte nel decorso dell'anno pel miglioramento della legislazione, le quali dovranno presentarsi nel Consiglio di Stato; ed inoltre, scorgendo contraria alla sua l'opinione di più collegi inferiori, è chiamato ad invocare sul dubbio insorto un raggio della luce legislativa, e con ciò si fa organo al Sovrano potere dei nuovi bisogni e delle idee novelle del popolo amministrato.

CAPITOLO V.

DELLA INFLUENZA DELLE ABITUDINI SETTENTRIONALI SULLA VITA PUBBLICA E PRIVATA, LETTERATURA E LEGISLAZIONE DEI NUOVI POPOLI DI EUROPA.

- §. 34. Conflitto del principio germanico con quello del Mezzodì dopo il conquisto dell'impero romano.
- §. 35. Origine delle infinite dominazioni create sulle ruine di quell'impero.
- §. 36. Indole dell'antica letteratura.
- §. 37. Influenza del principio germanico sulla letteratura moderna.
- §. 38. Poesia dei ministrelli o trovatori — Origine ed indole dei romanzi.
- §. 39. Ariosto il più fedele dipintore del medio evo.
- §. 40. Influenza de' due principi del Nord e del Mezzodì nel poema di Tasso.
- §. 41. Come agli antichi comizi vennero surrogate in alcuni stati le rappresentanze Nazionali.
- §. 42. Le leggi dei barbari furono personali.
- §. 43. Col principio germanico si spiega ancora la storia del dritto di accusare presso i nuovi popoli di Europa.
- §. 44. E si scopre l'origine del consiglio di famiglia, della metamorfosi della tutela da carica pubblica a funzione privata, della *Garde-noble e bourgeoise*, e del retratto familiare.
- §. 45. Esagerazione del principio del Mezzodì nelle opere di Platone — Idee sublimi di Cicerone.
- §. 46. Esagerazione del principio Settentrionale in Obbes, e Fichte. — Loro errori.

§. 34. Dal conflitto dell'egoismo Settentrionale col brio e colle grazie del mezzodì nacquero in Europa nuove istituzioni; le antiche costumanze vennero

o distrutte, o in varie guise modificate. Pria d'inoltrarci nel corso dell'opera, giova premettere alcune osservazioni sulla estensione ed intensità della influenza dei costumi dei vincitori settentrionali sui costumi dei popoli vinti del Mezzodì.

I popoli del Nord dalla inclemenza del cielo furono sospinti ad una vita eminentemente domestica, vita di solitudine ne' tugurì nativi in seno delle proprie famiglie (1). Ciò che in costoro fu primamente necessità, divenne poscia propensione, e caratteristica originale di quelle tribù. Conquistato ch'ebbero l'Europa, la nuova civiltà sorge coll'impronta del genio teutonico. *Preferenza della vita privata alla pubblica* (2).

§. 35. Dispersa per le province la casta Aristocratica, ciascuno ottimate vive a sè stesso, e tutto attrae verso di sè. Ogni suo sforzo si versa in rendersi

(1) A questa contrada, cui fu la natura avara dispensatrice de' suoi doni alludeva Orazio.

*Pone me pigris ubi nulla campis
Arbor aestiva recreatur aura;
Quod latus mundi nebulae malusque
Juppiter urget.*

(2) Tacito descrivendoci l'antica Germania ci assicura, che i popoli di questa grande nazione non abitavano alcuna città, nè soffrivano abituri tra sè congiunti. I loro borghi non si componeano di edifizî connessi e coerenti, ma separati e diversi, e ciascuno circondava di uno spazio la sua casa. *Nullas Germanorum populis urbes habitari satis notum est, ne pati quidem inter se junctas sedes. Colunt discreti ac diversi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit. Vicos locant, non in nostrum morem, connexis et cohaerentibus aedificiis: suam quisque domum spatio circumdat.* De M. G. cap. XVI. Ciascuno avea la dimora e la mensa separata—*Separatae singulis sedes, et sua cuique mensa* cap. XXII.—Quindi le virtù domestiche tenacemente e fortemente custodite, la pudicizia per lo più inespugnabile, rarissimi gli adulteri, il costantissimo attaccamento della moglie al marito, cose che fanno esclamare Tacito, valer colà assai più i buoni costumi, che altrove le buone leggi—*Plusque ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges* cap. XIX.

indipendente quanto più può dal principio dell'unità centrale. Sulle ruine del colossale impero di Roma si elevano, e reggonsi indipendentemente mille dominazioni. Ogni Barone crea in sè stesso una potenza divisa e principesca.

§. 36. La letteratura sorge più con forme private, che con colore politico. Nella poesia epica di Omero e di Virgilio, nella poesia lirica di Pindaro e di Orazio, la qualità generale di uomo è subordinata alla qualità speciale di cittadino. Omero comincia il suo poema dell'Iliade dal narrare l'ira dei Re, principia l'Odissea dal descrivere il famoso viaggio del Re guerriero e politico. Le particolarità della vita privata vi son toccate incidentalmente. Pindaro celebra giuochi pubblici cui la Grecia attaccava un sentimento fortissimo di gloria, ed incidentalmente narra la genealogia le imprese e le domestiche avventure de' suoi Eroi. Virgilio decanta i viaggi le avventure, le imprese guerresche e la fortuna di un fondatore di nazione. Orazio per lo più fa subbietto delle sue odi le cose pubbliche di Roma, le lodi di Augusto di Agrippa e di Mecenate, le tempeste della repubblica e le vittorie delle aquile romane.

§. 37. La letteratura moderna surse con altra originalità. Dante narrando sè medesimo, il suo poetico viaggio, attrae verso un centro unico ch'è lui stesso, tutte le cose divine ed umane. Il suo scopo principale è di riformar l'uomo, e siccome una delle costui qualità è di esser cittadino, così di tratto in tratto vi ragiona de' dritti e de' doveri di costui, e dei pubblici avvenimenti del suo tempo.

Petrarca decanta i suoi privati amori, narra i suoi lunghi sospiri, le sue veementi agitazioni, i suoi sogni dorati, le sue follie per cui com'ei dice, si vergognava seco di lui stesso, e con versi dolcissimi sfogava

Di dolorosa nebbia il cor condenso.

Boccaccio narra l'eroismo, e le colpe, gli sforzi

generosi e gli inverecondi eccessi di un'amore privato.

Nel mezzodì la letteratura a poco a poco si emancipò dai pregiudizi e dalle false credenze popolari e ricomparve rivestita delle sue grazie native. Nel Settentrione la letteratura rimase avvolta fra i pregiudizi del volgo, circondata di visioni stravaganti, di streghe e di lemuri e tinta di color triste e melanconico, immagine fedele di un cielo nebuloso.

§. 38. L'austerità germanica si fortifica nelle torri baronali. Il bel sesso è ivi sacrificato or per gelosia, or per avarizia, or per odio delle famiglie degli amanti, ora per superbo sentimento di un'ordine civile superiore. Quindi prigioni durissime, vite affannose e tristi; morti crudeli e spaventevoli; avventure di amore innumerevoli e stranissime; lunga messa delle poesie dei minestrelli. La galanteria cavalleresca sorge da compassione di stato così infelice delle donne. Vi si aggiunge che l'uomo è naturalmente inclinato ad amare con forza maggiore ciò che più raramente vede, e che difficilmente può raggiungere. L'amore cresce in ragion diretta della proibizione e della difficoltà. Finalmente in quei tempi, in cui le menti non eran distratte d'altri molteplici bisogni civili e materiali che nello sviluppo della civiltà e del commercio crebbero così numerosi e così potenti; l'amore concitato dalla proibizione, accresciuto dagli ostacoli, non distratto d'altre passioni, dirompea poderoso o nelle pugne della cavalleria, o nei versi dei trovatori, o nella lira sublime e soave dei Petrarchi, o nei racconti brillanti dei novellieri.

§. 39. Ariosto nel suo poema immortale in cui com'egli dice

*Le donne i cavalier le armi gli amori
Le cortesie le audaci imprese io canto*

tesse la vera storia della politica e della letteratura del medio evo. Quei suoi paladini, tutti distinti per

caratteristiche particolari, tutti risplendenti di propria luce, e che disdegnano percorrere un'orbita d'altri dipendente; quelle bizzarre insubordinazioni, quegli avvenimenti stranissimi, quelle aberrazioni universali da un centro comune di vita e di movimento, vi spiegano tutta la indole e le abitudini della dominante aristocrazia. Qucì suoi racconti che si spezzano per cominciarne degli altri, che poi si rannodano per ispezzarsi di nuovo, che in certa guisa si confondono pel loro numero e le loro varietà, vi dipingono al vivo la tempesta e la confusione di tante volontà potenti non moderate d'alcun freno di unità: ivi è un'antitesi frequente tra l'austerità germanica, e 'l brio del mezzodì. Se da una parte sei spaventato da fortissimi castelli in cui la beltà si custodisce con acri vigilie, dall'altra sei inebriato da quei soggiornoi beati, da quei palagi pieni di delizie e d'incantesimò, ove danzano le grazie, ed ha reggia l'amore. Ariosto è il più grande pittore del medio evo.

§. 40. Tasso nella sua Gerusalemme liberata riproduce le antiche forme dell'Epopea di Omero e di Virgilio. Lo scopo del suo poema è più nobile di quello di Ariosto. L'Occidente si precipita sull'Oriente per un fine santissimo di religione. Le tribù del Nord disseminate in tutta l'Europa si affratellano, e si levano in piè quasi un uomo solo per vendicare dai proseliti dell'Islamismo il sepolcro di Cristo. Tutto il mondo risuona di armi e di armati. Le nuove generazioni Europee chieggono alla culla del mondo e della civiltà le conquiste del suo genio, le arti e le scienze conservate dagli Arabi. Chi disse le crociate, *battesimo delle nuove genti di Europa*, disse una verità sublime. Or quale spettacolo maestoso dovè presentarsi alla mente fervida dell'Epico Italiano! Ei riduce ad un punto di unità tutti gli sforzi de' suoi Eroi. Goffredo è l'Agamennone Cristiano che regge tutta la impresa, che modera e dirige ad uni-

co scopo i voleri di tanti Principi e l'oste numerosa di tanti popoli. Egli è la mente che informa tutte le membra di corpo così smisurato. Rinaldo, l'Achille Cristiano, è la mano di Goffredo. Eppure in tanta cospirazione di mezzi diversi ad un sol fine, Tasso non può dispensarsi di consagrar molti suoi canti, come episodi dell'azion principale, ora ai privati amori di Olinto e di Sofronia, ora all'avventura di Tancredi e di Erminia, ora alla vita privata e quindi alle pubbliche gesta di Clorinda, ed ora finalmente alle delizie delle domestiche pareti nel palagio e nel giardino incantato di Armida. Ed in questi racconti il poeta si abbandona, non già per una pompa d'ingegno, come da taluni sostiensì, ma per occorrere al nuovo bisogno delle risurte società civili, cioè alla necessità ed alle prerogative della vita intima, che l'antichità avea mescolata e confusa colla pubblica. Gli antichi popoli viveano molto in piazza, poco in casa; i moderni non sacrificarono la pacatezza del viver casalingo ai tumulti perpetui della vita pubblica. Allorchè Tasso nella Gerusalemme conquistata in parte tolse ed in parte riformò questi suoi episodi brillanti, immolò i bisogni dell'era novella e gli slanci del suo genio alle censure della pedanteria, ed il suo secolo ne fece aspra vendetta, permettendo che il secondo lavoro dell'egregio vate giacesse sepolto nella polvere, da cui non valse a ritrarlo, nè la riverenza per tanto ingegno, nè la voce potente di Michaud e d'altri valorosi scrittori.

§. 41. Il principio germanico apportò grandi novità alla vita pubblica dei popoli di Europa.

Fin dai tempi di Tacito, qualvolta i Germani per qualche affare di massimo ed universale interesse (imperciocchè degli altri affari decideano i soli Principi) doveansi riunire in concione, non v'intervenivano nè tutt'insieme, nè secondo le date prescrizioni, e si consumavano più giorni per l'indugio

degl' interventori (1). A che attribuirsi questa negligenza e ritrosia pei pubblici comizî ai quali i popoli del mezzodì correano sì volentieri e sì celere-mente, se non alla preponderanza della vita domestica sulla pubblica, ed al dispiacere di essere distolti dalla pacatezza del viver casalingo per correre tra i rumori delle pubbliche assemblee? Tacito ci assicura che quando i Germani non erano in guerra, viveano nell' ozio, dati al sonno ed al cibo, e si meraviglia come uomini fortissimi e bellicosissimi potessero consumare i loro giorni nel dolce far niente (*nihil agentes*) e congiungessero all' odio delle quiete tanto amore dell' ozio; *mira diversitate naturae quum iidem homines sic ament inertiani, et oderint quietem* (2).

Ciò premesso, è facile indovinare il perchè agli antichi comizî cui interveniva tutto il popolo, siansi surrogate nel medio evo, ed oggi giorno in varie nazioni di Europa, taluni collegî rappresentanti il popolo e la nobiltà detti *Camere*: surroga dettata dalla nuov' abitudine dei popoli Europei, i quali non vivon più quasi tutta la loro vita nel foro nei teatri, ed in altri pubblici convegni; i quali stante la longeva consuetudine della domestica ritiratezza, e stante le relazioni della vita privata cresciute innumerevolmente, non vogliono nè potrebbero tutti convenire in ogni politica esigenza in un punto centrale di riunione (3).

(1) Cap. XI.

(2) Cap. XV.

(3) Le assemblee generali che si tennero dai popoli conquistatori dell' imperio romano, si formavano dei membri più rispettabili delle più distinte classi sociali. Così furono sancite le leggi Saliche. *Dictaverunt salicam legem procures ipsius gentis, qui tunc temporis apud eam erant rectores. Sunt autem electi de pluribus viri quatuor qui per tres malos convenientes, omnes causarum origines sollicitè discurrendo, tractantes de singulis iudicium decreverunt hoc modo. Praefat. Leg. salic. apud Bouquet.*

§. 42. Lo spirito delle leggi personali, questo carattere particolare delle leggi barbariche di non esser legate ad un certo territorio, ma di circoscriversi alle persone di modo che il Franco dovea giudicarsi secondo la legge dei Franchi, l'Alemanno, il Borgognone ed altri popoli secondo le proprie leggi; è derivato, secondo Montesquieu, dalla costumanza dei popoli settentrionali, i quali scompartiti naturalmente gli uni dagli altri per paludi, laghi, fiumi e foreste, amavano d'isolarsi, come si scorge anche negli antichi scrittori Cesare e Tacito. Il terrore comune per la possanza romana li riunì, e in tal mescolamento ciascuno dovette esser giudicato secondo le consuetudini della propria nazione, imperciocchè la patria era comune, ma particolare e indipendente il governo di ciascuno; il territorio rimase il medesimo, ma le nazioni che vi si aggrupparono restarono tra sè distinte e indipendenti. Lo spirito delle leggi personali era dunque presso questi popoli innanzi le loro conquiste (1).

Carlo Magno in ogni anno soleva tener simili assemblee formate dei più cospicui personaggi sì chierici che laici. Incmaro Arcivescovo di Reims nel suo trattato: *de ordine palatii* scrive. *In quo placito* (assemblea generale, detta altramente *mallo* o *mallo*) *generalitas universorum majorum tam clericorum quam laicorum conveniebat*. Robertson. Quadro dei progressi della società in Europa, che serve d'introduzione alla Storia di Carlo V. nota XXXVIII.

(1) Mi sono presso che servito delle stesse parole del filosofo Francese. Esse sono le seguenti: Ces nations étoient partagées par des marais, des lacs, et des forêts; on voit même dans Cesar qu'elles aimoient à se séparer. La frayeur qu'elles eurent des Romains fit qu'elles se réunirent, chaque homme dans ces nations mêlées dut être jugé par les usages, et les coutumes de sa propre nation. Tous ces peuples dans leur particulier étoient libres et indépendans, et quand ils furent mêlés, l'indépendance resta encore: la patrie étoit commune, et la république particulier: le territoire étoit le même et les nations diverses. L'esprit des loix personnelles étoit donc chez les peuples avant qu'ils partissent de chez eux, et ils le portèrent dans leurs conquêtes. *Esprit des loix* liv. 28, art. 2.

§. 43. Colla stessa guida del principio germanico si discioglie una grave quistione storica, perchè la facoltà così ampia di accusare concessa a ciascun cittadino tanto in Grecia quanto in Roma abbia avuto presso questi popoli sì lunga durata, mentre nei mezzi tempi venne circoscritta in brevi limiti, e poco stante venne assorbita da un magistrato cui fu concessa in nome della città la cura d'inquirere e di accusare. Nella vita pubblica dei popoli del mezzodì si credeva il dritto di accusare per qualunque reato che compromettesse la società, uno elemento essenziale della loro esistenza civile, di modo che anche nei tempi più corrotti dell'imperio Romano, e sotto l'autocrazia di principi feroci e malvagi tal facoltà fu meno esercitata, ma non già spenta. Al contrario fra le nuove e barbariche generazioni di Europa incuriose de' fatti altrui; poco sollecite di avvilupparsi in procedimenti non sempre sicuri e di facile riuscita, impazienti di troppe agitazioni, tal sistema non poteva nè molto estendersi, nè gittar sì profonde radici da durar lungamente. A questo accennava Dante allorchè dicea de' tempi suoi

*Molti han giustizia in cor, ma tardi scocca
Per non venir senza consiglio all' arco (1).*

indicando con ciò che il bisogno della giustizia universalmente e potentemente sentito non trovava però caldi fautori a rivelarla, conoscerla, e vendicarla dalle pubbliche e private offese.

§. 44. Con questo medesimo principio si spiegano varie novità nel giur. privato dei novelli popoli Europei. La 1.^a è il consiglio di famiglia. Ove la vita privata predomina sulla vita pubblica, ove la possanza della famiglia è tutta concentrata in sè stessa, ivi è più forte il vincolo familiare (2). Ai parenti com-

(1) Purgatorio canto 6.

(2) Botta favellando dei barbari che conquistarono l'impero

pete il dritto di nominare un tutore al pupillo del loro congiunto; i parenti sono invitati a decidere le controversie e le altre difficoltà che sorgono in queste piccole società. La moglie era convinta di aver contaminato il talamo nuziale: il marito chiamati i più stretti congiunti, recideale le chiome, e denunciata la espelleva dal tetto conjugale (1). Ecco un'esempio luminoso dell'assemblea familiare.

Per legge Romana il tutore *dativo* era nominato dal magistrato indipendentemente dalla famiglia del pupillo. Giusta le leggi *Attilia*, *Giulia* e *Tizia*; il magistrato variava secondo che la nomina del tutore faceasi in Roma o nelle province. Leggi posteriori estesero il numero delle autorità cui competeva questo diritto di nomina. Secondo le nuove leggi il magistrato non nomina da sè; egli è chiamato a presedere un collegio privato, a rischiararlo co' suoi lumi, a raccogliere i voti, a darvi anche il suo, ma non può senza il suffragio della maggioranza adottare alcuna risoluzione (2). Ecco come lo spirito di famiglia conquistò sulla società un dritto novello ed interessante.

A ciò si aggiunge che per diritto Romano niuno poteva scusarsi da una tutela col pretesto che vi erano de' parenti idonei a tali funzioni. Essendo presso quel popolo la tutela un'offizio pubblico, tutt'i cittadini siano o no congiunti vi erano chiamati indistintamente, e a tutti correva l'obbligo di sotto-

Romano; scrive — Stati erano lor cuna quei paesi del Settentrione sì fecondi di uomini, perchè il rigore del clima presentava loro pochi oggetti di distrazione, e *concentra le famiglie*. Storia dei popoli d'Italia lib. 1.

(1) *Accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus*. Tacito de M. G. cap. 19.

(2) Veggasi Pothier: *Traité des personnes*, ove favella del consiglio di famiglia secondo le consuetudini Francesi. *Solent et tenentur magistratus audire cognatos pupilli proximos, atque ex iis, qui modo idonei sunt, tutores creare*: Vinnius ad Inst. lib. 1. tit. 13.

porsi a questo peso. Non così presso la maggior parte dei nuovi popoli Europei. Chiunque non sia avvinto con legami di sangue al minore può scusarsi dimostrando che in un certo ambito di territorio diversamente circoscritto dai codici moderni, vi siano parenti o affini abili ad amministrare, e meritevoli di esercitare la tutela (1). Presso noi viventi sotto l'impero delle vecchie leggi non potea concedersi il *balio* ossia tutore al feudatario se non era scelto tra i suoi più prossimi parenti (2).

A questo medesimo spirito di famiglia debbesi ascrivere l'usufrutto concesso in Germania ai congiunti del pupillo sopra i beni di costui, e del quale favellano molti scrittori tedeschi (3). A tal diritto corrispondeva in Francia la *Garde-noble*, cioè la facoltà di percepire in proprio vantaggio le rendite dei pupilli congiunti, finchè costoro non raggiungessero una certa età, coll'obbligo però dell'educazione dei medesimi. Questo diritto competente ai nobili si estendeva in talune consuetudini francesi fino ai collaterali. Ad imitazione della *garde-noble* la consuetudine di Parigi introdusse la *garde-bourgeoise* per tutti gli altri cittadini (4).

Altra novità è il *congruo* di famiglia detto dai Francesi *retrait lignager*, cioè il dritto che hanno i congiunti del venditore di uno immobile di redimere dalle mani del compratore estraneo la cosa venduta, pagandone però l'importo dell'acquisto. Pothier dimostra che non dal dritto scritto, ossia romano deve ripetersi questo retratto, ma solo dalle consuetudini: che sotto gl'Imperatori Bizantini ap-

(1) *Nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Inst. de Excusat. tut.*

Munus proprie est quod necessario obimus; lege, more, imperiove ejus, qui jubendi habet potestatem: leg. 214, ff. de V. S.

(2) Per un capitolo dei Re Angioini: *Feudatarius*.

(3) Hein. Elem. Jur. Germ. lib. 1. tit. 15.

(4) V. Pothier, *Traité de la garde-noble et bourgeoise*;

pena comparve una legge sul retratto familiare, che venne questa abolita da Valentiniano e Teodosio (1). Questo retratto, come assicura lo stesso scrittore, non venne riconosciuto nei paesi francesi governati dal dritto scritto (2). Ma di questa materia parleremo più diffusamente a suo luogo.

§. 45. Nella repubblica di Platone troviamo la viva immagine, il ritratto fedele dei popoli del mezzodì. In questa opera la vita pubblica è condotta al suo apogeo, anzi alla più grande esagerazione. Dopo aver diviso il di lui stato in magistrati, esercito e popolo, triade che rappresenta la ragione, il coraggio e le passioni dell' uomo; ei riesce alla compiuta comunione delle donne, de' figliuoli, e de' beni. Fu giustamente rimproverato a questo filosofo che il suo governo assorbiva gl' individui, annichilava la famiglia, e poteva dirsi il vero *antropofago*; imperciocchè sacrificava gli slanci dell' individualità, e le dolcezze domestiche ad una comunione spietata che formerebbe il patrimonio sociale. Il mio e' il tuo sono per Platone parole di gelo e di desolazione. In questo ampio e straordinario disegno rappresentava tutta l' antichità. Era la vita pubblica che egli si studiava dipingere coi colori di una brillante fantasia. Era la società dei Lacedemoni la quale ingrandita ne' suoi principî, e resa più feconda nelle conseguenze ei voleva proporre come tipo filosofico della sociale perfettibilità. I sogni dorati del filosofo Ateniense parvero straordinari agli antichi, e stranissimi ai moderni. Tutte le *utopie*, tutti i progetti chimerici o romanzeschi furono rilegati nella sua repubblica.

Cicerone, spirito profondo e positivo ci offre le

(1) Colla leg. 6. Cod. Theod. de contrah. empt. che corrisponde alla leg. 14 Cod. di Giustiniano.

(2) *Traité des retraits*. Il nostro Matteo de Afflictis citato da Pothier sostiene che ogni clausola con cui si deroghi al dritto del congruo familiare sia nullo.

idee più giuste e più sublimi della vita pubblica. Cittadino dell'eterna Roma, oratore, console avea gustate tutte le delizie della vita pubblica, e nel tempo stesso avea numerate tutte le piaghe di una patria convulsa dall'ambizione, guasta e lacera dalle guerre civili. Come padre, marito, filosofo avea saggiata la dolcezza della solitudine, avea aperto il cuore a tenere e delicate affezioni, avea meditato negli ozî delle sue ville sui grandi volumi dell'antichità, e sulle più nobili quistioni della filosofia. A lui son cari i genitori, i figli, i famigliari, ma l'amor della patria in sè riunisce e contiene tutti questi amori. La società pubblica che si compone di scambievoli benefizi è fra tutte la più nobile e la più cara. Per essa l'uomo dabbene non dubiterà di versare l'ultima stilla del suo sangue, se tal sacrificio potrà tornarle vantaggioso. Non vi ha scellerato che possa paragonarsi a colui che lacera il seno della sua patria. Se sorge disputa di preferenza nell'adempimento de' propri doveri, deve a tutto anteporsi la patria, poscia i genitori, quindi i figli, i familiari, gli amici (1).

(1) *Magna etiam illa communitas est, quae conficitur ex beneficiis ultro citro datis acceptis . . . Sed cum omnia ratione animoque lustraris, omnium societatum nulla est gravior, nulla carior quam ea, quae cum republica est unicuique nostrum. Cari sunt parentes, cari liberi, propinqui, familiares: sed omnes omnium caritates patria una complexa est: pro qua quis bonus dubitet mortem oppetere, si ei sit profuturus? Quo est detestabilior illorum immanitas, qui lacerarunt omni scelere patriam, et in ea funditus delenda occupati et sunt et fuerunt. Sed si contentio quaedam et comparatio fiat, quibus plurimum tribuendum sit officii, principes sint patria et parentes, quorum beneficiis maxime obligati sumus: proximi, liberi, totaque domus, quae spectat in eos solos, neque aliud ullum potest habere perfugium: deinceps bene convenientes propinqui. . . . Cic. de offic. lib. 1. cap. 17.*

Altrove, cioè nel sogno di Scipione, ove spiega tutte le idee astronomiche de' tempi suoi con profondi pensieri morali, e collo stile il più amabile, colloca i benemeriti della patria in una

§. 46. Nella moderna società Obbes profondo e malinconico ingegno, dopo aver ripudiata una verità figlia della ragione e di una speranza consumata, cioè che l'uomo è nato sociale: stabilisce il tremendo e funesto principio che l'uomo non ama il suo simile, ma l'odia e lo teme, che il vincolo della umanità non è la mutua benevolenza, ma l'egoismo e il timore: Che una eterna ed innata violenza separa gli uomini, ed il solo interesse li riunisce: che le convenzioni legano tutte le parti del corpo politico (1). Ecco come il filosofo di Malmesbury nel suo trattato (2) conduce l'uomo all'altro estremo, cioè all'apogeo dell'egoismo privato, ed alla cieca schiavitù del principio utilitario.

Meno atroce di Obbes Fichte vuole che l'uomo ami i suoi simili per suo bene, e stabilisce la massima — *Ama te stesso sopra tutte le cose, e i tuoi concittadini per te stesso* — Al che bene osserva Lermnier che l'uomo di Fichte è uno immenso egoismo, che tutto a sè riferisce, che non ha altra legge, altro godimento che lui stesso (3).

Dal detto finora si scorge che se Obbes fa nascere il legame sociale dal timore scambievole; il filosofo di Jena lo deriva non da una benevolenza pura e morale, ma da uno amore interessato ed egoistico giovevole alla tranquillità e sicurezza delle persone e delle proprietà (4).

sede splendidissima (*orbem lacteum*) premio di magnanime imprese e di ottime cure sostenute per la patria, *quibus agilitus, et exercitatus animus, velocius in hanc sedem et domum suam pervolabit.* *Somnium Scipionis* cap. 3. et 9.

(1) *Pacta quibus partes corporis hujus politici conglutinantur.*

(2) De Cive.

(3) Lermnier. Philosophie du droit. lib. IV. cap. 8.

(4) Seneca benchè pagano ci porge un'ammaestramento migliore di quello del filosofo Tedesco. *Te justum esse gratis oportet, et nullum justae actionis praemium majus est, quam justum esse.* *Epist.* 113.

CAPITOLO VI.

GENESI E PROGREDIMENTO DELLA MITOLOGIA, E SUA INFLUENZA SULLA RAGIONE LEGISLATIVA DELLE NAZIONI.

- §. 47. Qual sia stato il primo ed universale culto dei popoli pagani.
§. 48. Progresso e vicissitudini della mitologia secondo i progressi della civile comunanza.
§. 49. Influenza delle idee mitologiche sui sistemi dei filosofi contemporanei.

§. 47. La più dolce e la più tremenda impressione che desta la natura nella mente umana è quella del fuoco. L'uomo vede negli astri la fonte della luce, la vita del mondo; egli vede nella ignivomba bufera la convulsione della natura e la vendetta irresistibile di una immensa possanza. Di qui derivò e dovea di necessità derivare, che il primo culto dalle genti cadute nella idolatria si rendesse agli astri, che la prima religione fosse il *sabbeismo*, che le primitive trasformazioni ossia metamorfosi si allogassero nelle costellazioni, e la primitiva liturgia consistesse in un fuoco perpetuo che si conservava sulle are degli Eroi, cioè dei primi padri di famiglia. Quindi il culto universale al sole fonte suprema della luce, centro dell'armonia, vita di tutto l'universo. Egli è il sovrano motore di tutt'i fenomeni del creato; tutto vede, tutto ascolta (1). Da lui sorge la solenne ripartizione del giorno, della notte e delle stagioni. Per lui, secondo la identità o differenza dei meridiani e dei paralleli tutt'i popoli si distinguono o in antieci o in perieci o in antipodi (2). Egli è il principio e l centro del mo-

(1) Παντ' εφορᾷ, καὶ παντ' ἀντικούσῃς. Il. 111. 277.

(2) I moderni astronomi e geografi si valgono di tali voci derivanti dal greco. *Antieci* proviene da ἀντι dirimpetto, οἶκος casa, perchè sono gli uni in faccia agli altri. *Perieci* da περι, intorno, ed οἶκος casa, perchè sono negli stessi paralleli. *Αν-*

to periodico di tutt' i pianeti , e questi compiono le loro rivoluzioni sideree secondo la maggiore o minor distanza da lui (1). La sua benefica virtù

*Schiude
Dal pigro germe il fior ;
Che lento poi sulle umili
Erbe morrà non colto ,
Nè sorgerà col fulgidì
Color del lembo sciolto ,
Se fuso a lui nell' etere
Non tornerà quel mite
Lume dator di vite ,
E infaticato altor (2).*

Da ciò dobbiam conchiudere che l'ara ardente di perenne fiamma sacra a Vesta antichissima divinità, fosse la prima adorazione dei lari in tutte le famiglie , e 'l tipo primitivo dei riti idolatrici (3). *Estia* presso i più antichi scrittori della Grecia Esiodo ed Omero indistintamente significò la Dea Vesta il larrario e' l focolare , e presso i Romani disse Ovidio (4).

Nec tu aliud Vestam quam vivam intellige flammam.

tipodi, da *τυπη*, contra e *κρυπτος* *κρυπτος*, piede , perchè hanno un sito diametralmente opposto. Cicerone li chiamò *obliquos*, *adversos*, *aversos*. *Somnium Scipionis*, cap. 6.

(1) Ciò che gli astronomi esprimono con formola matematica, *i cubi delle distanze dei pianeti dal sole hanno tra sè quella ragione , la quale hanno i quadrati dei tempi periodici*.

(2) Manzoni Inni Sacri. La Pentecoste.

(3) Presso gli antichi popoli Slavi dovea tenersi sempre acceso il fuoco sacro a Perun , una delle principali divinità di quei luoghi. Se il fuoco estinguevasi , il sacerdote che lo custodiva dovea brugiarsi vivo.

(4) Ovid. *Fast.* VI. Pitisco v. Vesta , ove se ne adducono molte autorità. I Romani accendevano un fuoco perpetuo innanzi le immagini dei lari , e siccome le stesse erano alloggiate nei vestiboli affumicati dal perenne fuoco , queste parti delle case furon dette *atria*, quasi *atra* ossia neri. Isidor. *Orig.* XV. 3. Vossius *Etymolog.* v. *atrium*. Come il vestibolo fu detto da Vesta secondo l'opinione di Ovidio *Fast.* VI.

Hinc quoque vestibulum dici reor ; inde precando

Dicimus , o Vesta , quae loca prima tenes.

Osserva Micali che il Sole dai primi popoli Italiani era det-

§. 48. Sorge la civil comunanza, il parteggiamento dei campi la rassicura la modifica la caratterizza. S' intese più vivamente il bisogno dell'acqua fecondatrice de' terreni; quindi all'antico fuoco si aggiunsero le libagioni prima di semplice acqua, poscia di liquori più nobili, e l'effusione del sangue de' bruti e dei colpevoli infrangitori dei sacri dritti del dominio. Si figurò che l'acqua fosse stato il nodo morale e religioso della umanità, e quindi le libagioni dovevano assolutamente adoperarsi nelle alleanze e nei contratti; il perchè *sponde* libagione significò presso i Greci alleanza e contratto, e nacque presso i latini la frase *foedus intire* e quindi ancora surse la finzione verissima nella origine e nella indole della natura civile che gli stessi numi giuravano per l'onda stigia (1) giuramento il più sacro ed inviolabile. Adunque il fuoco era stato l'adorazione più della condizione di natura e di famiglia che di civil comunanza; e la origine delle libagioni apparteneva propriamente alla divisione dei campi, ed alla culla delle civili società, di qui l'uso e la formola antichissima *aqua et ignis* presso gl'Italiani per indicare i pubblici e privati auspizi, la somma di ogni liturgia civile e politica: (2) di qui il *focus larium familiarium*, nel quale la sposa novella doveva gettare un'asse, e di qui ancora la solenne accoglienza *aqua et igni* della sposa *coempta* nella casa maritale. Nè solamente la intiera città aveva il fuoco sacro custodito dalle Vestali, e ciascuna famiglia il suo fuoco domestico, ma ogni curia della

to *Cerus Manus*, creator bonus (Carm. Saliar. apud. Festum. V. Matrem Matutam) e fu la prima divinità che si adorasse. Storia ec. cap. 21.

(1) *Στοιχος υδαρ*. Homer. Odyss. V. vs. 185. Niade XIV vs. 271. XV vs. 37-38, e Virgilio Aen. XII.

Adjuro Stygii caput implacabile fontis
Una superstilio superis quae reddita Divis.

(2) *In medioque focus et Diis communibus aras* — *Gramineus; alii fontemque ignemque ferebant.* Virg. Aeneid. XII.

città, ogni borgo della curia avevano sacerdoti particolari, e particolare custodia del fuoco sacro comune a tutta la curia, o a tutto il borgo (1).

§. 49. Gli antichi filosofi spesso non furono che depositari delle tradizioni popolesche, interpreti ed espositori del senso comune di un ordine di una nazione o di tutto il genere umano. Costoro attinsero per lo più dalla mitologia principî pei loro sistemi. Moltissimi filosofi, tra i quali si acconta Aristotile, dissero ignea la divinità e la collocarono nella più sublime sfera dei cieli; e l'nostro Genovesi opina, che in ciò lo Stagirita fosse imbevuto delle credenze Pitagoriche (2). Talete fondatore di un' antichissima casta filosofica credea che dall'acqua Dio formasse tutte le cose (3). Cicerone, per tacer di tanti altri chiamò il sole *Mens Mundi* (4) seguendo le prime tradizioni popolesche, e i più antichi sistemi di filosofia (5).

Dal detto finora chiaramente si scorge la futilità e la scempiaggine di tutti coloro che interpretarono letteralmente la formola famosa dell'esilio presso i Romani « *interdicere aqua et igni* » senza interrogar la natura dell'uomo, e la storia politica e misteriosa della pagana teologia.

(1) Sigonius De antiq. jur. civ. Rom. cap. 8.

(2) Metaphis. tom. V. dissert. 1. cap. 2. §. 4.

(3) Cicer. De Natur. Deor. lib. 1.

(4) Somnium Scipion. cap. 4.

(5) Pindaro cominciando le sue odi Olimpiche *ottima è l'acqua*, volle inaugurare i suoi canti con un principio mitico e civile il quale ricordava l'origine della civil comunanza, e della religione politica. Omero spesso adopera la voce *δαίμονες ἄνδρῶν* che gli scolasti traducono or datori di beni, ed or datori di acque. Senza questo elemento non può aversi nè la farina nè il vino; l'una detta da questo poeta *midolla* (*μυελος*) e l'altro *sangue* degli uomini (*αἷμα*).

CAPITOLO VII.

STADI LEGISLATIVI.

- §. 50. Stadi legislativi—Ciascuno di essi ha la sua *idea capitale* che costruisce e spiega una serie d'idee; ha la sua *storia*, la quale contiene l'attuazione e lo sviluppo delle idee medesime.
- §. 51. Indole, mezzi, principio fondamentale, procedura, e massime filosofiche del dominio forte.
- §. 52. Indole, mezzi, principio fondamentale, procedura e massime filosofiche della forte convenzione.
- §. 53. Fluttuazione del dominio moderato tra il forte dominio e la forte convenzione.
- §. 54. Cagioni da cui derivò l'impenetrabilità, e'l despotismo del dominio.
- §. 55. Le leggi *suntuarie* convengono solamente al forte dominio—Errori di Smith, Say, Montesquieu—Parole di Tacito.

§. 50. In tre periodi principali può distinguersi il corso di ogni legislazione cominciando dalla prima barbarie e terminando all'ultima civiltà. *Forte dominio, dominio moderato, forte convenzione.* In questo lavoro abbiain considerate le antiche e moderne legislazioni, e segnatamente il corso della romana, e quella dei mezzi tempi fino ai dì nostri. Bisogna determinare in ogni epoca il principio, cioè la prima idea che fonda, costruisce, e dispiega tutta la serie delle idee che ne dipendono. La storia ci chiarisce l'*attuazione* e lo sviluppo di questa serie d'idee nel mondo delle nazioni.

§. 51. *Indole del forte dominio* — Severa teocratica, di semplicità grossolana, di violenta speditezza — A questa epoca si riferiscono le leggi *horrendi carnis*.

Mezzi — Unità corpulenta di formole politico-religiose; pubblicità solenne degli atti più interessanti della vita umana; pene atrocissime per violazion di dominio; tremenda autorità di padronanza e di famiglia; poco arbitrio pubblico; molta licenza privata: convenzione ligia al dominio è rozza ispida, e prescrive leggi di sangue.

Principio fondamentale. Impenetrabilità dei dritti dominicali famigliari e cittadini — Di quì la rigorosa stabilità dei beni nelle famiglie, e la guerra eterna cogli stranieri.

Procedura. — Spedita, aspra, impaziente nell'azione, intollerante di ostacoli giusti o cavillosi ch'essi siano; serva e vittima delle *formole*. A questa epoca si riferisce la famosa *paremia* di dritto: *Qui cadit formula, cadit caussa*.

Massime di filosofia barbarica — La materia deve dominar sulla forma. Le cose si estimano dal volume (1). Il dominio abborre lo interrompimento, come la natura abborre il vuoto. L'uomo è servo della cosa. « I nostri beni non appartengono a noi, ma alla nostra famiglia presente, e futura » potea dirsi con Platone (2); e con Isocrate. « Quella città è veramente felice che si sforza soprattutto di conservar le antiche famiglie » (3).

§. 52. *Indole, della forte convenzione.* Umana, civile, di semplicità più filosofica, pacata, imparziale.

Mezzi. Si guarda più la sostanza che l'apparenza degli atti, più la interna loro natura, e l'animo dei contraenti, che le formole e le vesti onde gli atti son circondati. Continua il bisogno della pubblicità degli atti più interessanti della vita umana, ma non più si richiede quell'apparato scrupoloso di certe solennità. Si leniscono le pene per violazioni di dominio. La potestà patria e dominicale vengono circoscritte in dati confini. La potestà pubblica trionfa sulle ruine delle private licenze. Il dominio addiviene mobile istrumento degli slanci della industria, il cui

(1) Che in tempi più culti della scienza cosmologica guidò la mente umana al principio. « Avvenire l'attrazione in ragion composta diretta della massa, ed inversa della distanza. »

(1) Ημεις ουτε ημων ουτε την ουσιαν ταυτην, Ξυμπατρις δε του γένους ημων, τούδε εμπροσθεν, και του απαιτα εσόμενου. De leg. lib. XI.

(3) In Sociali.

scopo è la circolazione rapida delle ricchezze. Al dominio di pochi proprietari succede l'operosa e felice attività di molti.

Procedura. Le due matrigne de' giudizi sono la troppa *fretta*, e la troppa *lentezza*. Nella forte convenzione campeggia il movimento che ispira la forza commerciale illuminata dai calcoli della giustizia e della industria. Il suo formolario è necessario alla custodia della buona fede de' contratti.

Massime di filosofia. La bellezza della forma vince il volume della materia. L'utilità delle cose, e la maggiore o minore difficoltà per ottenerle costituisce il loro valor permutabile, il quale consiste in un rapporto composto dalla ragion *diretta* de' bisogni, e dalla *inversa* della quantità reperibile delle cose. Il *bisogno* suscita la dimanda, la *quantità* delle cose l'*offerta*. Non l'uomo è servo della cosa, ma questa fu fatta per l'uomo. La legislazione deve provvedere meno alla floridezza di poche famiglie, che al benessere del maggior numero de' sudditi. Per riempire il dominio basta il concetto *numenico*, il *quid juris*, senza bisogno di materiale apprensione. Tutt'i cittadini hanno i medesimi dritti alla protezione sovrana. I forestieri hanno con noi l'identica natura umana se non civile, e possiamo con essi osservare i dritti di reciprocanza.

§. 53. Il dominio moderato è l'ondeggiamento tra i principj di forte dominio e di forte convenzione. È l'anarchia giudiziaria, il campo delle astrattezze e delle finzioni, degli *euremi* e delle cauzioni: è il regno dell'arbitrio dei magistrati e delle sette forensi.

Ognun di questi periodi termina in preparazione di quello che segue. Così gli editti dei Pretori preparano il dominio moderato; le prime scuole dei giureconsulti sotto gl'Imperadori segnano di luce brillante questo secondo periodo legislativo. Gl'Imperadori ed i giureconsulti che seguirono fino a Giustiniano preparano la forte convenzione. Giustiniano

la colloca sul soglio, ond'è sbalzata poco stante dalla barbarie rinnovellata.

§. 54. Ma donde derivò la primitiva inesorabile costanza e dispotismo del dominio? Dobbiamo interrogarne la storia e'l corso delle umane idee. L'uomo dallo stato selvaggio nel quale era incertissimo il dominio, si condusse alla civile società. Il principale motivo che porse origine alla medesima fu la certezza del dominio e delle nozze: quindi doveva essere facilissimo il passaggio dall'uno all'altro estremo. A ciò si aggiunge che la divisione dei campi intervenuta col consenso del picciol popolo eretto a civil comunanza non poteva menomamente alterarsi senza il consenso dello stesso popolo. Non deve trasandarsi ancora che le aristocrazie sono le forme di governo naturali e proprie alle genti poco culte, come furono i popoli eroici di Grecia e di Roma e i barbarici dei mezzi tempi (ciò che fu dimostrato potentemente da Vico). Or le aristocrazie non possono crearsi e consistere senza l'immobilità de' domini che ne formano il patrimonio e la forza. Si osserva ultimamente che la idea della forza fisica che si predomina nelle menti barbariche concorse potentemente a far concepire del dominio una nozione di troppo materiale e dispotica.

§. 55. Dopo il detto finora è facile il conoscere che le leggi *sontuarie* molto si affanno al dominio forte; poco al dominio moderato; sono incompatibili colla forte convenzione. Le leggi *sontuarie* della rozza ma virtuosa repubblica romana non convennero ai tempi industriosi ma corrottissimi dell'impero, come quelle dei mezzi tempi mal si confanno all'età nostra. Da ciò si scorge con quanta inconsideratezza il celebre Adamo Smith e dopo lui G. B. Say si scagliano senza distinzione alcuna di epoche legislative contro qualunque intervento del governo alle spese private (1). Montesquieu quando censurò una legge di

(1) Say favellando della influenza delle leggi sulle spese dei

Venezia, la quale forzava la nobiltà alla modestia ed al risparmio, sconobbe che nelle Aristocrazie, regime politico che serbò nel grado più eminente la Regina dell'Adriatico, tutte le leggi debbono convergere alla floridezza ed alla durata della classe magnatizia dominante, e mezzo principalissimo a conseguire questo scopo è la legge sontuaria (1). Sono belle e sensatissime le parole di Valerio Messalino figlio del facondissimo e celebre Messala presso Tacito (2) sulla temporanea convenevolezza delle leggi santuarie. *Placuisse quondam Oppias leges, sic temporibus reipublicae postulantibus, remissum aliquid postea et mitigatum, quia expedierit.*

particolari adotta il sentimento di Smith, e si fortifica sul ragionamento di Condorcet. Secondo lui le ragioni che determinano i particolari relativamente alle loro spese variano all'infinito. L'autorità pubblica mal potrebbe calcolare tutte le risorse, esaminare tutti i motivi di ciascuno individuo. Inoltre ogni influenza pubblica in questa materia oltraggia e conculca la proprietà senza la quale non può consistere la civil comunanza. Di fatti cosa è la proprietà che il dritto di disporre a suo talento, ed anche di abusare delle proprie cose? *Cours complete d'économie politique: Part. VII. chap. II.*

(1) *L'esprit des loix* liv. VII. art. 3.

(2) *Annal.* III. 34.

LIBRO II.

Psicologia sociale , ossia parte subbiettiva de' dritti.



CAPITOLO I.

DELLE RELAZIONI FAMIGLIARI E POLITICHE SECONDO I DIVERSI GRADI DI CIVILTÀ.

- §. 56. Tratti caratteristici del dominio forte nella prima e nella
ricorsa barbare. — Origine ed argomento giustificativo della
servitù presso gli antichi popoli. — Guerre spietate presso costoro — Benefizi del cristianesimo. — Inconvenienti ed abolizione
della tratta dei *Neri*.
- §. 57. Distinzione degli uomini e delle terre nel forte dominio.
Energia della potestà dominicale. — Manumissione. — Divieto
delle nozze in condizione disuguale.
- §. 58. Energica potestà paterna nel forte dominio. — Errore di
Lerminier.
- §. 59. Legislazione Piemontese nel secolo XIX intorno la pa-
tria potestà.
- §. 60. Cagione principale dell' emancipazione presso i romani.
— Congettura del *Niebuhr*.
- §. 61. Energica potestà maritale. — Tutela perpetua delle donne.
- §. 62. Stato di violenza tra le nazioni. — Nozze proibite cogli
stranieri. — Origine e vicende dell'albinaggio.
- §. 63. Breve periodo della minorità.
- §. 64. Abborrimento delle seconde nozze delle donne. — Ma-
trimoni ad *morganaticam*.
- §. 65. Straordinaria pubblicità degli atti dello stato civile.
- §. 66. Transizione dal forte dominio al dominio moderato ed
alla forte convenzione. — Si riprendono le materie finora di-
scorse. — Progressi della umanità Europea circa il dritto di
albinaggio.

§. 56. Se il nemico può uccidersi , può con mag-
gior ragione ridursi in servitù. Ecco l'argomento di
tutti i popoli , presso cui si permette la schiavitù.

Tutte le antiche nazioni si accordarono in questo iniquo principio. Quindi le guerre presso loro erano spietate e micidiali, e sonava fortemente alle loro orecchie il terribile *aut vincere aut mori*. Città popolose seppellivansi piuttosto sotto le loro ruine, che arrendersi al nemico. Chi non compiangere ancora Sagunto e Numanzia, chi non versa ancora una lagrima sull'eccidio di tante città distrutte dal ferro romano?

E mezzo uomo, dice Omero, colui ch'è servo, Ei lasciò una viva e tremenda dipintura dello stato servile (1). Verso gli ultimi tempi della repubblica romana, e sotto l'impero, quando la filosofia stoica conquistò i più belli ingegni di Roma, la condizione servile si ebbe come antinaturale, e ciò non ostante si ritenne come ricca frazione del loro patrimonio. Seneca il moralista declamava contra questa istituzione, e intanto numerava tra le sue dovizie una moltitudine considerevole di schiavi. Alla religione Cristiana si debbe il miglioramento della umanità. Le palme da lei mietute nel campo della carità non sono intrise di sangue, ma son benedette dalle lagrime degl'infelici (2).

Quanto si è scritto, quanto si è declamato sulla

(1) Iliade VI. v. 450 e seg.

(2) Il pontefice S. Gregorio il grande verso il tramonto del secolo VI così si esprimeva intorno la schiavitù. *Cum redemptor noster, totius conditor naturae, ad hoc propitius humanam carnem voluerit assumere, ut divinitatis suae gratia, dirempto (quo tenebamur captivi) vinculo, pristinae nos restitueret libertati: salubriter agitur si homines quos ab initio liberos natura protulit, et jus gentium iugo substituit servitutis, in ea qua nati fuerant manumittentis beneficio, libertate reddantur.* Gregor. Magn. apud Potgiess. lib. IV. cap. 1. §. 3. Robertson. *Quadro dei progressi della società in Europa che serve d'introduzione alla storia di Carlo V.* Nota XX.

Moltissime patenti di manumissione vennero concesse nei mezzi tempi *pro amore Dei, pro remedio animae, pro mercede animae.* Murator. Antiq. Italic. vol. 1. p. 849, 850. Ducange v. *manumissio*.

infame tratta dei *Neri*! A chi giungono inuditi i flebili racconti delle angosce, delle vessazioni, e delle *nostalgie* da essi sofferte? Ch'ighora le avventure e le magnanime imprese di Toussaint Louverture, novello Spartaco delle Antille? Lode ai governi di Europa che di accordo hanno abolito l'empio traffico della carne umana, in cui sta l'impronta del volto di Dio (1).

§. 57. Per tacer degli altri popoli, gli antichi Germani, aveano servi e libertini. Questi si dissero dai Longobardi *aldii* o *aldioni*. F. Rezzonico in un lungo articolo, ove toglie a combattere varie opinioni del nostro egregio Carlo Troya (2) sostiene che gli *aldii* erano una classe media tra i liberi, e i servi, incapaci della vera proprietà, non aventi *guidrigildo* proprio, e sottoposti ad una specie di soggezione verso i loro padroni, ma idonei a possedere de'dritti meno pieni sulle terre a cui erano, per così dire, attaccati; idonei ad acquistare un peculio proprio. I servi reputavansi cose, e non persone, e perciò si vendevano, si pignoravano, o concedevansi in fitto. Nei tempi di Tacito, ed anche dopo se il servo uccidevasi non per disciplina e severità, ma per impeto e sdegno, come s'egli fosse nemico, l'omicidio era impunito (3). Niuno ignora quanto sia stato terribile il potere dei padroni Greci e Romani sui loro servi. Gli *alloderi* cioè *servi glebae* dei bassi tempi furon presso che simili agli *adscriptitii* dei tempi più recenti di Roma, e ai servi mercenari (*theti*) delle città Greche nei tempi Omerici ed anche posteriormente.

L'antichissima guisa romana di manomettere i servi colla ceffata e solenni parole, corrisponde alla maniera antichissima settentrionale di manomettere i servi

(1) Say Cours complet d'économ. polit. Part. II. ch. 6.

(2) Giornale dell'I. R. Istituto Lombardo tom. IV.

(3) *Occidere solent non disciplina et severitate, sed impetu et ira, ut inimicum, nisi quod impune.* Tacit. De M. G.

colla saetta e con voci solenni. Nulla dirò degli altri meno interessanti effetti della servitù, e delle altre distinzioni degli uomini. Era nella natura delle terre una distinzione conforme a quella delle persone. Nelle carte dei mezzi tempi leggiamo i *mansi ingenui* e i *mansi servili* (1).

Son proibite presso i popoli di forte dominio le nozze non solo tra liberi e servi, m'ancora tra ingenui e liberti, tra patrizi e plebei. Frequenti e focose furono le concitazioni della plebe romana per la comunicazione delle nozze coi patrizi (2). Presso le nazioni Germaniche i figliuoli procreati da nobili con mogli plebee non godevano i dritti e la nobiltà paterna, se non quando il Re l'accordava loro con appositi diplomi (3).

§. 58. Le famiglie sono il semenzajo della nazione. Quivi è pel cittadino il centro delle sue più tenere e consolanti affezioni. Per lui esser debbono le domestiche pareti il più sicuro asilo nelle sventure (4). Qual cosa più nobile per l'uomo di onore che il morire in difesa della sua patria e de' suoi congiunti? Cosa vi ha più dolce e più virtuosa per chi ritorna in famiglia dopo le durate fatiche, del sollievo di una moglie affettuosa, e delle carezze di carissimi figliuoli? (5)

(1) Hallam Europa dei mezzi tempi vol. 2, cap. 5.

(2) In Roma il gius de' connubi non fu comunicato dai patrizi alla plebe che l'anno 309 della fondazione di quella città col famoso plebiscito Cannulejo (Livius lib. IV-4. lib. VI-42—Ciceron. de repub. lib. 2. cap. 37. Edit. Mai—Sigonius de ant. Jur. civ. Rom. cap. 7—Heinecc. Antiq. Rom. Append. ad lib. 1. cap. 1. sub. §. 32). Siffatta comunicazione di connubi avvenne poco dopo le leggi Decemvirali, da cui, come avvisa il Vico, fu concesso alla plebe il dominio quiritario ossia ottimo dei campi.

(3) Heinecc. Elem. Jur. Germ. lib. 1. tit. 10 §. 225.

(4) *Domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum*, l. 18. ff. de in ius vocand.

(5) *Revertentibus post laborem quod honestius quam uxorium levamentum?* Tacit. Ann. III. 34.

Nel primo periodo della civiltà la potestà paterna è molto energica, e sapientemente i Romani la dissero *domestica maestà*.

I padri romani, e greci e fra questi segnatamente gli Ateniesi ebbero il diritto *vitae et necis* sui loro figliuoli. Tal diritto lunga pezza si ritenne dai padri greci (1).

Lerminier favellando della legislazione Attica di Solone facile capricciosa e ridente, sostiene che ivi la democrazia discese dallo stato alla famiglia, mentre ognun sa che la famiglia Ateniese lungi di essere stata democratica, fu piuttosto monarchica assoluta, competendo al padre di famiglia il gius di vita e di morte sui figliuoli. Ma questo scrittore fu costretto a rinnegare i fatti della storia dopo che assunse la dimostrazione di un principio vago ed in gran parte erroneo, che cioè la famiglia riceva dallo stato le sue influenze, le sue regole e le sue leggi, di modo che la famiglia nella sfera che l'è propria rappresenta la costituzione politica, nel cui seno si contiene (2).

Questa energica possanza paterna fu comune ai Persiani e a moltissime altre nazioni (3) tra le quali ai Galli ed ai Germani (4). Nei mezzi tempi conservarono i padri il diritto di vendere i loro figliuoli (5). Il nostro G. B. Vico chiama questa illimitata possanza, diritto *Ciclopico*, e saggiamente la deriva dallo stato di famiglia che precesse lo stato civile ossia politico. Mal si apposero quei che la ripeterono dallo stato democratico. Non perchè molto

(1) Sextus Empyric. Hypotypos. lib. III, cap. 24—Hermogen. De Invent. lib. 1. cap. 1—Curius Fortun. Rhet. lib. 1. Siffatta legge venne detta *απειραν αυτητων*, de indemnatis.

(2) Philos. du droit lib. II. ch. 3.

(3) Aristot. Nicomach. VIII. 12.

(4) Caes. de Bello Gallico lib. VI. cap. 21. Heinec. Elem. I. G. lib. 1. §. 135.

(5) Heinec. ib. §. 137.

conviensi alla repubblica, debbe da questa riconoscere la sua origine; imperciocchè ebbe anche luogo in governi men liberi. L'asprezza della patria potestà settentrionale fu mitigata non poco dalla umanità delle ultime leggi romane, onde reggevasi molti popoli Europei nell'epoca della invasione boreale.

§. 59. Nel terzo stadio di legislazione, la paterna potestà scemata di forza, circoscritta nel tempo, e sgrossata dalla primeva rustichezza rassomiglia piuttosto ad amministrazione di beni e direzione di persona, che a maestà ed impero. Da ciò ben si conosce che il novello codice Piemontese ha dato un passo retrogrado nella civiltà, fortificando il paterno potere a segno tale, che il figlio non emancipato, nè spontaneamente dal padre, nè con sentenza giudiziaria qualora costui abusi della sua autorità, in qualunque stato età o condizione si ritrovi sia soggetto al potere paterno (1) purchè il di lui genitore non abbia saputo e tollerato che per cinque anni dopo la maggior età vivesse in separat'abitazione ed amministrasse di per sè gli affari propri, ciò che dicesi *tacita emancipazione*.

§. 60. Gran parte della storia di Roma è un terribile racconto della prepotenza de' patrizi e delle angustie della plebe (2). L'esempio dell'usurajo patrizio L. Papirio, e dell'infelice debitore plebeo C. Publilio fu spesso rinnovato. Allorchè un debitore veniv'aggiudicato al suo creditore, tutta la sua famiglia subiva il medesimo destino. Egli, i suoi figli, i suoi nipoti, eran cancellati dal registro degli uomini liberi. Prima di venire aggiudicato al creditore, egli emancipava i suoi figli per sottrarli alla imminente catastrofe. Tal pia frode fu la cagione principale dell'emancipazione, la quale altramente secondo la indole del dritto romano delle famiglie, non avreb-

(1) Art. 238, 239, 242 detto Cod.

(2) *De superbia patrum, et miseriis plebis*. Liv. VI. 14.

be potuto presentarsi che troppo raramente. Questa ingegnosa congettura è del Niebuhr, e merita esser ritenuta come probabile fin che altri dati storici non c'illumineranno meglio in siffatta materia (1).

§. 61. Insigne fu il potere dei Greci dei Romani, degli antichi popoli dell'Asia e del Nord sulle loro mogli da essi reputate o come ancelle o come figliuole di famiglia; ed uniforme fu l'usanza presso i popoli di forte dominio in sommetter le donne a perpetua tutela (2), che dai Longobardi si addimandò *mundio* pel quale è celebre la legge di Rotari (3). Le donne dovevan vivere sotto la tutela del padre o congiunti di lui: sposate passavano sotto quella del marito. Quando le leggi settentrionali cessero il luogo alle romane, non pochi luminosi vestigi di siffatta tutela durarono lungamente in molte legislazioni di Europa. Universalmente nei mezzi tempi gli sposi comperavano le spose (4). In Francia ai tempi di Brisson si eran conservati molti vestigi di siffatta costumanza (5).

(1) Storia di Roma Part. II.

(2) Per tacere di molti popoli e segnatamente di quei dell'Asia, i Galli avevano il *jus vitae et necis in uxores sicut in liberos*. Caes. de Bell. Gallic. lib. VI. cap. 19—Presso i Longobardi i mariti aveano sulle mogli il diritto di vita e di morte. LL. Long. cap. 1. ult. et penult. tit. Qualit. mulier. liber. alien. permiss.—Mnratori Dissert. 10—Prima dell'occupazione militare nel nostro reame le donne così vergini come vedove nell'alienazione degl'immobili sebbene non dotali doveano impetrare il regio assenso. Basta Inst. Jur. priv. Neapol. lib. 1. tit. 8. §. 204.

(3) Il tutore delle donne Ateniesi si disse *Kyrios*. Isaeus de Pyrrhi heredit. Reiskeadn. in Orat. Isaei de Philoctemonis haered. 1 tutore delle vedove eran dette nei tempi di Omero *xy-pocrae*. Eust. ad Iliad. V. 158—Riguardo ai Romani veggansi Cicerone Orat. pro Flacco et pro Murena—Livius lib. XXXIV. 2. Hein. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 15. §. 16 et sq. Tra le dissertazioni di Everardo Ottone se ne legge una—*De tutela perpetua foeminarum* piena di molta e svariata erudizione.

(4) Hein. Elem. iur. Germ. lib. 1. §. 181.

(5) Brisson. De rit. nupt. p. 20.

§. 62. Dallo stato di violenza tra le nazioni sorgono le proibizioni dei matrimoni cogli stranieri così gelose in Roma ed in Atene, come nelle sue aringhe dimostra l'eloquentissimo Demostene (1). Ci assicura Tacito che l'antica Germania si mantenne pura dalle nozze straniere (2). È famosa la costituzione di Federico II (3) colla quale rafferma il divieto delle nozze cogli stranieri, fulminando il castigo della confisca de' beni: legge contro cui tanto declamava il forense Andrea d'Isernia senza intendere lo spirito de' secoli. Generalmente nei mezzi tempi era vietato presso tutte le nazioni di origine Germanica lo sposare uno straniero, eccettuati i soli Principi (4). Dalle leggi Milanese era ciò parimenti proibito, e gl'infrangitori del divieto si dannavano alla confisca dei beni (5). Nella collezione delle leggi barbariche son proibite sotto pena di morte, le nozze tra un romano ed una barbara, e viceversa (6).

Presso gli antichi Greci Galli Germani eran permesse le rapine negli strani paesi. Lo stesso praticavasi presso gli antichissimi popoli d'Italia, come sarà lungamente ragionato altrove. Nei tempi Omerici il *corseggiare* si apponeva a lode. Autolico avo materno di Ulisse avea levato di sè altissimo gridò pei suoi frequenti saccomanni (7). Alla gioventù dei Galli e dei Germani s'inculcava siffatto intertenimento per non poltrire nell'ozio (8). La mania di

(1) Orat. cont. Neaeram:

(2) *Germaniae populos nullis aliis aliarum nationum connublis infectos propriam et sinceram, et tantum sui similem gentem extitisse.* De M. G. cap. 4.

(3) *Cum hereditarium.*

(4) Hein. Elem. Iur. Germ. lib. 1. tit. X. §. 223.

(5) Bodinus de republ. lib. 1. cap. 6.

(6) A. Manzoni. Discorsi sopra alcuni punti della storia Longobardica cap. 3.

(7) Hom. Odyss. XIX. 403.

(8) Caes. De B. G. lib. VI. cap. 23 — Tacit. Annal. lib. XII. cap. 27.

conquistare è veementissima nei tempi di forte dominio; le guerre son troppo micidiali, e non cessano che collo intero sterminio o schiavitù del popolo vinto. Gli stranieri che i Romani dicevano *hostes*, non ebbero nella città di Quirino nè l'attiva nè la passiva *testamentifazione*: non a lievi patti concedavasi agli estranei il respirar l'aria libera di Atene. La gabella annuale detta *metoicion* pagavasi da costoro anche nei tempi di Demostene (1).

Nella repubblica di Atene ebbe vigore una legge, dalla quale proibivasi di aggregare tra i cittadini alcun forestiero, se non quando avesse meritata la cittadinanza con qualche virtuosa azione operata a prò della repubblica; e più di seimila Ateniesi nella concione decretata non ne avessero l'aggregazione con isquittinî segreti: Eran quei cittadini assai gelosi in questa spezie di suffragî, e quando anche compartita si fosse la cittadinanza, poteva ciascun cittadino istituire contro il nuovo aggregato l'azione di leggi violate, facendo conoscere che il popolo fu tratto in errore, e quegli non era di siffatto dono meritevole. Demostene adduce più esempî di persone che avendo conseguito siffatto dritto, lo perdettero dietro tal giudizio. I nuovi eletti non potevano essere ascritti nel collegio degli Arconti, o partecipare del sacerdozio. I costoro figliuoli avevano questa facoltà, qualora procreati fossero dal nuovo cittadino, e da un'Ateniese a lui legittimamente sposata.

Bello e splendido è il dono della cittadinanza di Atene, ci dice Demostene. Qui vi la somma di tutti

(1) Veggasi in Samuele Petito l'asprissima maniera, con cui venivan trattati gli stranieri in Atene quantunque fosse detta la culla della umanità, la madre delle arti e delle scienze, la regina del pensiero. Doveano costoro eliggersi un *patrono* tra i cittadini Ateniesi (LL. Atticae lib. 1. tit. 5). Il fisco prendeva la sesta parte dell'eredità dello straniero (Demosth. contr. Androt.).

i poteri è nelle mani del popolo, il quale può fare ciò che più gli talenta (1).

Un Ateniese non poteva istituire erede uno straniero e questa disposizione la troviamo comune a molti popoli.

È troppo famoso l'albinaggio, e segnatamente quello del medio evo, per lo quale il fisco occupava i beni del forestiero defunto (2). Malvagissima fu l'usanza di occupare i beni dei naufraghi per l'empio adagio « *Res fisci est quodcumque natat* » Nelle XII Tavole era sanzionato « *adversus hostes aeterna auctoritas est* » Anche quando i Romani spogliarono l'antica rustichezza non potevano piegarsì a riguardar gli stranieri, come uomini coi quali avessero un diritto comune. I popoli, dice il giureconsulto Pomponio, coi quali noi non abbiamo nè amicizia nè ospitalità, nè alleanza, non sono nostri nemici; frattanto se una cosa che ci appartiene cade tralle loro mani, essi ne sono i proprietari; gli uomini liberi divengono schiavi; ed essi sono negli stessi termini con noi (3). Federico II Imperadore fu il primo che

(1) Demosth. cont. Neaeram.

Delle violenze guerre e soprusi di molti popoli verso gli stranieri favella lungamente M. Gioja — Galateo. lib. 2. cap. 8. Del merito e delle ricompense lib. 1. sez. 5. cap. 4. §. 4.

(2) *Albinato* d' *alibi natus* ('auhaine) come vuole la maggior parte degli scrittori, o dagli Scozzesi detti *albani* ed *aubenae*, soliti a peregrinare, come sostiensì da taluni. Mercè l'*albinato* gli stranieri sono esclusi da ogni successione sia nei beni di un cittadino, sia in quelli di uno straniero, e per conseguente non possono istituirsi eredi, o ricevere alcun legato. Epifanio lo chiama *scitismo*. Grozio (De iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 6. §. 14) lo deriva da quei secoli, in cui gli stranieri eran riguardati come nemici. Bodino dimostra che il dritto di albinaggio fu comune a tutte le nazioni. Nei mezzi tempi i Baroni usurparono i beni dello straniero morto nel territorio di loro giurisdizione. In Roma repubblicana i *patroni* usurpavano i beni dei forestieri ricoverati sotto la loro *clientela*, ciò che chiamavano *jus applicationis*. Bodin. de republ. lib. 1. cap. 6.

(3) L. 5. ff. de capt. et postlimin.

vi derogò con uno editto che permettev'agli stranieri i quali muojono nell'impero di disporre dei loro beni per mezzo di testamenti, o se muojono *ab intestato* di lasciare eredi i loro prossimi congiunti. Ma Bodino si lagna che questo editto fu malamente eseguito (1).

§. 63. I popoli di forte dominió cha' vivono con fiera semplicità e son circondati da pochi bisogni, considerando più la gagliardia del corpo che la maturità della mente, restrinsero l'età pupillare in brevi confini. E generalmente tutte le nazioni barbariche la determinarono dalla idoneità di portar le armi (2). Presso i Romani i maschi dopo i 14 anni eran liberi dal tutore. Presso le nazioni Germaniche che uscite da climi infecondi paludosi agghiacciati ebbero un più tardo sviluppo, si fissò la maggior' età a 18 anni compiuti. Sappiamo da Plutarco che in Isparta si diveniva maggiorenne nella stessa età (3). Nei tempi più culti di Atene la maggior'età veniva fissata all'anno ventesimo (4).

Il *baliato* cioè tutela dei feudatarî durò primamente fin'a 16 anni, di poi si estese fino a' 17 compiti. La *cura* dei puberi ignota alle leggi Decemvirali s'introdusse tardi in Roma, cioè nei tempi dell'impero sotto il regno di M. Antonino, riguardandosi da una parte allo intendimento de' puberi non ancora sviluppato, e dall'altra volendosi prevenire le frodi e le malizie di cui sarebbe stata vittima la

(1) Bodin. de republ. lib. 1. cap. 6. Federico stanziò « *Omnes peregrini et advenae libere hospitentur, ubi voluerint. Et hospitati si testari voluerint, de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatem, quarum ordinatio inconcussa servetur. Si vero intestati decesserint, ad hospitem nihil perveniat, sed bona ipsorum per manus episcopi loci, si fieri potest, haeredibus tradantur, vel in pias causas erogentur.* Cod. Iustin. Auth. ad tit. Communia de successionibus.

(2) Montesquieu, *L'esprit des loix*, lib. 18 cap. 20— Gioja del merito e delle ricompense, lib. 1. sez. 1. art. 1. cap. 1.

(3) Plutar. *Lycurg.*

(4) Sam. Petitus. Leg. Atticae lib. 1. tit. 5.

pubertà nell'ardente bollore delle passioni, e sotto l'influenza di costumi perdutissimi; fu imposta ai maggiori di 14 anni, e minori di 25 la necessità della curatela. Molti popoli Europei di oggi giorno han prolungata la minorennità a 21 anni compiti, e per taluni atti di maggior levata, come la ipoteca, o l'alienazione degl'immobili non acquistati con peculio castrense o quasi castrense, mutui, riscossioni di capitali e cose simiglianti, i figliuoli non posson' obbligarsi presso noi senza il consenso paterno prima degli anni venticinque compiti.

§. 64. Le seconde nozze delle donne sono appena tollerate nel forte dominio. I primi Greci le abborrirono, come tiensi fermo per molti storici. Didone fingesi da Virgilio invasa da mille furie, e straziata da pungenti rimorsi per aver tradita la fedeltà promessa all'antico sposo già spento. Le sole vergini, al dir di Tacito (1), contraevano nozze presso molti popoli di Germania. Gli Eroi Omerici si vantano di avere sposata una vergine (2). Per lungo tempo il secondo matrimonio fu riputato in Grecia un eccesso di libidine, e ci vien ricordato il nome di Gorgofone figliuola di Perseo che ne porse il primo esempio (3). In Rom' antica non fu ri-

(1) De Morib. German. cap. 19. *Sic unum accipiunt maritum, quo modo unum corpus, unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tanquam maritum, sed tanquam matrimonium ament.*

(2) Κουριδων αλοχον—Homer. passim.

(3) Pausan. lib. 2. cap. 21. Presso Omero Penelope rifugge alle seconde nozze per rispetto dell'antico talamo nuziale, e per non incorrere nelle dicerie del popolo.

Ευνην τ'αυδομένη ποσιος, δημοιοτε φημιν. Odyss. XVI. 76.

Lo stesso poeta osserva con molto accorgimento

*Sai qual cor s'abbia ogni donna
Che ingrandir brama del secondo sposo
La nuova casa, e dei suoi primi figli
E di colui che vergine impalmolla*

guardato benignamente il secondo matrimonio. Nei mezzi tempi siccome tenevasi gran conto delle vergini in *capillis*, frase di cui son pieni gli antichi istrumenti (1), così dispregiavasi la donna, che morto il primo marito volava ad un secondo, ed era soggetta in assai luoghi ad un'ammenda pecuniaria (2). Siffatta intolleranza spiegasi con tre motivi. 1.^o È facile come appare dalla esperienza prima che lo insegnasse Aristotele, il passaggio da un estremo all'altro. Così dal feroce ateismo ciclopico si passò per salti alla superstiziosa teogonia di Esiodo e di Omero, e così parimenti dal ferino e passeggero divagamento Oraziano si passò ad una stabilità di nozze trasmodata che durava oltre la tomba. 2.^o Le donne in quei tempi eran reputate ancelle dei mariti; costoro dovevano comprarle dai parenti, e ne avevano la perpetua tutela. Morti i mariti le vedove cadevano sotto la tutela dei costoro agnati, i quali non consentivano sì facilmente che uno estraneo ne comprasse la tutela, e dominasse in qualche modo sui figliuoli del primo letto. 3.^o Perchè eran pericolosi alla impenetrabilità dei singoli patrimoni, og-

*Non si rammenta più, non più ricerca
Quando ei nel bujo della tomba giace.*

Odyss. XV. 20. Traduzione di Pindemonti—Gli stessi lamenti fa Elettra a Clitennestra, Eurip. Electr. vs. 592.

(1) La frase *figliuole in capegli* derivò dall'uso Longobardico di recidersi le chiome delle fanciulle quando si maritavano. Liutprandi Leg. lib. 1, 2. Come scrive Manzoni, si crede che fossero chiamate anche *intonse*, onde provenne la voce *tesa* presso taluni volghi di Lombardia. Nota all'atto 1. Scena 3. vs. 212 dell'Adelchi.

(2) Hein. Elem. Jur. Germ. §. 222—Erasì introdotto costume in Napoli che quando le donne vedove si rimaritavano, si univano le brigate, e la notte con suoni villani e canti ingiuriosi andavano sotto le finestre degli sposi a cantar mille spropositi ed oscenità, e questi suoni e canti chiamavano *ciambellarie*, donde ne sortivano molte risse, e talora omicidi. Pietro di Toledo estirpò questo abuso. Giann. lib. 32. cap. 1.

getto principalissimo del dominio forte, i vincoli di una donna con più famiglie. I mariti feudatari che dal primo matrimonio con una nobile avevano procreato figliuoli, contraevano le seconde nozze *ad morganaticam* con un'altra meno nobile il cui effetto si era che i figliuoli del secondo matrimonio non potevano offendere i dritti successorî di quei del primo e doveano accontentarsi di una modica porzione. Non è da omettersi ciò che fu sancito nei tempi posteriori di Roma anche quando si rallentò l'antico rigore « che il coniuge passato a seconde nozze avendo figliuoli dal primo matrimonio, non può in qualunque modo donare allo sposo novello più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno » (1). Siffatta disposizione conveniva ancora al dominio moderato, ed alla forte convenzione, e fu saggiamente adottata da più legislazioni moderne. Niuno ignora per lunghissima esperienza quanto valga l'impetuoso bollore di un amor novello a reprimere i sacri sentimenti di pietà dei genitori verso i figliuoli.

§. 65. Le nozze, le nascite, le adozioni ed atti somiglianti che riguardavano lo stato delle persone furono circondate da troppe formole, simboli, liturgie, e celebravansi nel concorso di moltissime persone. La potestà sacerdotale nel primo periodo della civiltà dei popoli è il più poderoso baluardo contro la efferatezza, e la licenza dei privati. La prima forma di governo è la patrizia sacerdotale. Le formole religiose, gli atti rivestiti di maestà autentica e popolare son la prima favella sociale e civile.

Nessuno indagatore delle memorie antiche ignora la famosa festività dei Greci Romani e di altri popoli, la quale interveniva scorsi taluni giorni dopo la nascita del neonato: il costui padre convocati i suoi parenti ed amici dopo molte libazioni e sacri-

(1) Novell. 22 de Nuptiis.

fizi dava straordinario banchetto, e tra i riti religiosi e'l giubilo degli astanti imponevasi il nome al bambino. Chi non conosce la pubblicità magnifica delle antiche nozze e funerali, la rustica pompa e complicatezza di riti religiosi, allegorie e simboli che vi si adoperavano (1)? Servio Tullio presso i Romani per pruova maggiore degli atti principali della vita umana ordinò che nella nascita di ciascuno infante si offrisse una moneta nel tempio di Lucina; un'altra moneta quando prendesi la toga virile nel tempio della Dea Gioventa, e la terza in caso di morte nel tempio di Venere Libitina. Da ciò appare quanto mal convengano al forte dominio ove tutto è pubblicità le nozze clandestine appena tollerate nell'impero della forte convenzione. A poco a poco la conservazione degli atti dello stato civile si francò di tante formole sacre e divenne d'interesse più sociale che religioso. In Atene nel terzo giorno della festività *Apaturie* i nomi dei figliuoli

(1) Spencerus de Legib. Hebraeorum ritual. lib. 1. cap. 4.

Potterus Archaeol. Graec. lib. 4. cap. 11. et sqq.

Alexand. Sard. De morib. et ritib. gentium lib. 1.

Lilius Gregor. Girald. De sepulchris.

Christianus Hebenstreit. De convivio Iudaeorum.

Feithius Antiq. Homeris. lib. 3. cap. 15 et sqq.

Cnperus. Apotheosis Homerica.

Hertius Bustum Lusatae antiquissimum.

Iunius Comm. de Coma, ecc.

Come presso i moderni popoli, così presso gli antichi Greci e Romani agl'infanti che si esponeano all'altrui pietà soleansi apporre de'segnali, acciò si potessero riconoscere in miglior tempo. Terenzio li chiama *monumenta*. Andr. Act. IV. Scen. V. Ennch. act. IV. Sc. VI. I Greci li nominavano con molti voci *λελεινα*, *σπαργανα*, *γυμνοματα*.

La città di Atene si distinse per la carità verso gli esposti. La prima scuola Ateniese fu il *Cinosargo*. Gl'infanti esposti dalle madri di prostrata pudicizia erano ricoverati in questo asilo (*βρεφοτροφειον*) costruito non molto lungi dalla porta della città, ed ivi le menti dei fanciulli erano informate negli studi liberali. Plato in Axioch — Ioachimus Stephanus de Jurisd. vet. Graec. cap. 13.

dei cittadini Ateniesi si notarono in un pubblico registro dai *Fratori*, e Samuele Petito ci pruova che oltre questo ve ne avea degli altri parimenti pubblici. Marco Aurelio Imperadore Romano stabilì, o come altri vogliono diede vigor novello alla legge, con che ordinavasi che fra 30 giorni dalla nascita del bambino di libera condizione il Prefetto dell'E-rario in Roma, ed i *Tabulari* nelle province dovessero con iscrupolosità notare il suo nascimento. Nel secolo scorso la rivoluzione francese non paga di avere spogliato il matrimonio della divisa venerevole di sacramento, volle con un colpo solo rivendicare al potere civile la facoltà di formare e conservare i documenti che compruovano gli atti principali del vivere umano. Ma gli uffiziali dello stato civile, cui fu confidato questo geloso incarico, risposero alle pubbliche speranze ed ai voti del legislatore? Varî scrittori, tra i quali Toullier, ne menano forti doglianze (1).

§. 66. Avendo diffinito i tratti più caratteristici del forte dominio relativamente alle relazioni famigliari, politiche ed internazionali, riesce facile il ravvisare che tutto il corso della legislazione del forte dominio alla forte convenzione consiste nel mitigamento e nella successiva degradazione di siffatti caratteri. La schiavitù a poco a poco si sveste della squallida ed orribile spoglia in cui ravvolgeasi. L'umanità che progredisce, le costituzioni dei Principi Romani, la benefica influenza di una religione tutta speranza ed amore, leniscono l'acerba condizione dei servi, nè possono più impunemente i feroci padroni pronunziare l'acerba ed iniqua sentenza

Sic volo, sic jubeo, stet pro ratione voluntas (2).

La plebe di Roma or conquistando un dritto, ora

(1) *Le droit civil français* liv. 1. tit. 2. §. 301.

(2) *Juven. Satyr. VI. 223.*

un' altro, si livella colla classe de' patrizi. Quindi tutta Italia dopo una guerra lunga, terribile, micidiale, fumante ancora di sangue, poichè ebbe reciso sui campi di fraterna discordia il fiore della sua gioventù, conquista la cittadinanza Romana, che poscia l'imperator Caracalla comunica a tutto l'impero. Ove son più i gelosi privilegi di che andavan superbi i patrizi di Roma? Ov'è più l'attrattiva della cittadinanza dei *quiriti* non concessa primamente se non come premio di servigi straordinari e d'impresе magnanime? Egli è vero che Caracalla di tutto il mondo fece una città, di mille nazioni fece una famiglia, ma è vero altresì che cessato il prestigio del nome romano comunicato a tutto l'orbe, cessarono i Fabbrizi, i Cincinnati, i Fabi e gli Scipioni; s'infievoli e finalmente si spense quell'ardor marziale, quella costanza generosa nei perigli, per cui i discendenti di Romolo aveano domato l'invitta fiera di Sanniti, Cartagine la possente dominatrice dei mari, la virtuosa e intrepida Numanzia, i dotti e disciplinati figli della Grecia, i bellicosi Galli, le pericolose scaltrezze dei Giugurti, l'ira e le risorse sempre rinascenti e terribili dei Mitridati. Imperadori ora Spagnuoli, ora Siri, ora Traci, ora Sarmati strinsero lo scettro del vastissimo dominio; i migliori generali furon barbari, come gli Stiliconi, gli Aezî, e di barbariche coorti furon composte le legioni Romane.

La potestà paterna così augusta così formidabile a poco a poco scade dalla primeva autorità. Consoli, Dittatori, che al di fuori dominavano la repubblica, rientrati nelle domestiche pareti, soggiacevano ai diritti possenti della paterna maestà. Sotto l'impero le principali magistrature si affrancano dal giogo paterno. Si creano eccezioni per circoscrivere l'estensione della regola, e le innumerevoli stelle delle private monarchie si eclissano insensibilmente per far risplendere con più forza l'astro maggiore della

civil società, come vedremo più tardi nel corso dell'opera.

Le donne soggette a perpetua tutela colpite da una nullità assoluta, sorgono anch'esse a vita politica. Le ricchezze, ed i costumi già corrotti fan n'obbiare la rigidezza delle leggi Oppie. Le matrone Romane, rotte al lusso ed alla libidine fanno abborrir le nozze, e si disfanno colla più grande facilità dei loro mariti. Sciolte dalla tutela perpetua, divengono tutrici dei loro figliuoli, laddove sopravvivano ai loro mariti.

L'età maggiore non più si calcola dallo sviluppo del corpo, ma invece da quello della mente: non la forza brutale, ma il senno determina l'epoca della indipendenza dei pupilli dalla soggezione tutoria e curatoria.

Le seconde nozze non sono più abborrite, come nei primi tempi, nè le s'imprime dalla fama popolare una nota d'ignominia e d'inverecondia. Alle clamorose festività e riunioni di gente, le quali accompagnano gli atti dello stato civile, succedono i pubblici registri, monumenti più durevoli dello stato delle persone.

Crescono le relazioni di bontà di giustizia di liberalità verso lo straniero. Egli vanta la medesima nostra origine; dotato delle stesse facoltà, soggetto agli stessi doveri, è chiamato a compiere la stessa missione sulla terra (1). La novella civiltà del cristianesimo concorre potentemente a mitigare la sorte dei peregrini. Nel secolo XVIII l'assemblea costituente di Francia proscrisse l'albinaggio e la detrazione. Il Codice Napoleone l'evocò dalla tomba, avendo voluto ritenere il dritto della reciprocanza. Posteriormente, cioè nel 1819, abrogati gli articoli

(1) *Hoc natura praescribit, ut homo homini, quicumque sit, ob eam ipsam causam quod is homo sit, consultum velit.* Cic. de offic. III. 6. lib. V. Fin.

726 e 312 del prefato Codice, fu con più sano accorgimento largito ai forestieri il dritto di succedere di disporre, e di ricevere. Molti paesi della Germania, e segnatamente i regni di Svezia, di Prussia e di Sassonia, porgendoci i più belli esempî di umanità hanno abolito intieramente l'albinaggio, e non se ne valgono giammai tranne il caso di rappresaglia, ciò ch'è giustissimo. Forse la nazione che in tal materia è rimasta più indietro è l'Inghilterra.

CAPITOLO II.

DELLE NOZZE, E DELLA POLIGAMIA.

- §. 67. Certezza e santità delle nozze, cura principale dei primi legislatori.
- §. 68. Si spiega il perchè nella prima e seconda barbarie si permettessero le nozze fra strettissimi congiunti.
- §. 69. Cagioni principali della poligamia.— Guerra eterna contro lo straniero.
- §. 70. Avvilimento della dignità di una nazione o di una classe della medesima.
- §. 71. Condizione politica.— Condizione religiosa dei popoli che permettono la poligamia.

§. 67. Le prime cure dei legislatori si raggirarono a tutelare i matrimonî, e proscrivere i vaghi ed inonesti congiungimenti

Concubitu prohibere vago, dare jura maritis (2).

Se negli amori legittimi, ispirati da scambievole affetto, santificati dall'unanime volontà, regnano la concordia e la verecondia; la famiglia è felice, virtuoso il pubblico costume, beata la civil comunanza genere supremo delle private società. Or questa sacra alleanza di due volontà sarebbe passeggera e perniciosa quando la donna non reputi l'onestà la

(1) Horat. Ars poet. v. 398.

sua prima dote, non creda somma scelleraggine il violar la fede conjugale, e degno premio del fallo, la morte

Et peccare nefas, et pretium est mori (1).

Ove sono buoni costumi, pochi bisogni, e risorse facili per soddisfarli; si ama più l'amplesso pudico di una moglie, che il bacio turpe e venale di una meretrice. Sarebbe ozioso il ripeter quì quanto si è scritto finora pro e contro lo stato conjugale. Chi lo disse catena di oro, e chi catena di ferro che attacca l'uomo al dolore; mercato, ove si vende la libertà, e non si comprano che molestie. Ma non potrà però negarsi che una donna forte, quale ce la descrive la divina sapienza, sia il più bel dono che Dio largisce alla virtù non contaminata dal fango de' vizi (2).

§. 68. La coscienza dell'energia individuale che fomentava la privata licenza contro la debole autorità pubblica, che ritardava i progressi della industria; che innalzava il padre di famiglia al tremendo potere di legislatore giudice e punitore dei suoi figliuoli; che in fine si avea creati de' numi propri a sè, detti lari oltre le deità comuni a tutto il popolo; impediva che le nozze si diffondessero agli estranî, e per conseguente si presceglievano individui della stessa famiglia. Così in Atene ed in Isparta eran permesse le nozze tra fratelli e sorelle; e presso i Romani di maggior severità di costumi tra i cugini in 4.º grado civile. Nelle ricorsa barbarie non ostante

(1) Hor. Od. III. 24.

(2) Reveillé-Parise nell' opera — *Fisiologia ed igiene degli uomini occupati dalle fatiche dello spirito* — leggiadro e profondo lavoro, narra che lo storico Bavarese Oeffels morto nel 1780, lasciò due bizzarri manoscritti, l'uno contro il matrimonio, intitolato — *Furiae jugales* — e l'altro in lode, coll'epigrafe — *Charites pronubae virorum doctorum*.

l'abborrimento degli stranieri, e la ferocia privata, una erronea interpretazione delle leggi romane circa i gradi di parentela resistette alla indole di quella epoca legislativa. Nondimeno erano più frequenti le nozze tra i congiunti che tra gli estranei. Le molteplicità quas' infinita delle *dispense* venne a conciliare la giurisprudenza di quei tempi col forte dominio.

Confessa candidamente Eineccio che nei mezzi tempi tutte le leggi dei Principi Cristiani si scagliarono contro le nozze incestuose; e i Vescovi menarono asprissime lagnanze per quest' inverecondi, e turpissimi congiungimenti; ciò che non sarebbe intervenuto, soggiunge lo stesso scrittore, se non ve ne fossero stati esempi frequentissimi, e se questo vizio abominevole non avesse gettato profonde radici (1).

§. 69. Molto si è concesso al clima da Montesquieu. Bisogna chiarire questo argomento con novelle meditazioni.

Tre sono le cause principali della poligamia. 1. La guerra eterna contro lo straniero. 2. L'avvilimento di una nazione, o di una classe della medesima. 3. La condizione religiosa che la permette o la tollera. Il falso principio che chi può fare il più, possa fare anche il meno giustificava nella mente dei popoli barbarici la conseguenza, che se potevasi uccidere a buon dritto un prigioniero, molto più potevasi assoggettare a perpetua schiavitù, e godere l'amore delle captive; il perchè presso i popoli di forte dominio il tener concubine non si reputa vergognoso; i figliuoli naturali non si adontano della loro nascita illegittima, così presso Omero, che nei mezzi tempi. Agamennone chiama bastardo Teucro figliuolo del Re Telamone volendo inanimarlo al combattimento contro i suoi nemici. Massima parte degli Eroi di Omero così Greci come Trojani tiene le

(1) Elem. Jur. Germ. lib. 1. Tit. X. §. 109.

sue *Odalische* (1). prese nella guerra e gli Scoliasi dei poemi di questo dipintore delle antiche memorie ci avvertono che non si ascriveva a turpitudine la nascita di bastardo (2). Nelle ricorsa barbarie la guerra eterna tra le nazioni riaccesa con impeto dalle orde conquistatrici venute dal Nord rafferma la schiavitù e l'uso delle concubine. I bastardi non erano dispreziati per la macchia dei loro natali, e gl'istessi figliuoli di sovrani non disgradavano il titolo di figliuol naturale, che anzi in molti pubblici strumenti francamente palesavano questa lor qualità; ciò che dimostra l'universalità della prava costumanza di avere delle concubine (3) senza discapito dell'onore.

§. 70. Oltre il brando fulmineo del conquistatore che dopo aver soggiogato un popolo, con una forza perenne ed irresistibile lo prostra lo snerva lo scinde malignamente in fazioni, e da ultimo concedendogli impune il campo de' vizii per iniqua politica lo corrompe e lo distrugge, vi è ancora altra cagione dello invilimento delle nazioni. La dolcezza del clima ingenera mollezza di costumi, e rende il po-

(1) Feithius Antiq. Homeric. lib. 2. cap. 17. §. 1. et 4. — Dell'uso delle concubine presso i popoli barbarici dell'antichità possiamo chiarirci viemaggiormente, consultando la loro teologia. È cosa naturale all'uomo il foggiare divinità di costumi somiglianti ai propri. La mitologia è una iliade di avventure amorose, di galanti e perpetui vezzeggiamenti; è una storia vera ed eloquente delle nazioni. Non vi era Nume che oltre la moglie legittima non avesse le sue concubine, che non ardesse di fiamma impura, che non si abbassasse a stranezze ed inverecondie tali da fare onta al più corrotto e impudente cicisbeo. Avea ragione Capasso di burlarsi colla sua natia e spontanea venustà di questa razza di Numi.

(2) *Ἡμεῖς δὲ φαμέν τούτο μὴ εἶναι ἔπος αἰσχρὸν διὰ τὸ παρὰ τοῖς παλαιῶς ἡθὺς κρᾶναι.* La voce *nato* presso i Greci, e *Mamzerum* presso gli Ebrei, significava tutte le spezie di figliuol naturale secondo la interpretazione dei Rabbini al Deuteron. cap. 23. 2. Seldenus de Iur. Nat. et Gent. secund. discipl. Hebraeorum lib. 5. cap. 16.

(3) Heinnecc. Elem. Iur. Germ. lib. 1. tit. 7. §. 148.

polo facile ad esser' espugnato dal despotismo. Questo principio ha fomentato segnatamente in Asia, ed in Affrica l'uso di molte concubine. Il non temperato assolutismo ha trionfato di ogni ostacolo stendendo la sua verga di ferro in mezzo a greggi di schiavi. Date un temperamento al dispotismo e la poligamia o rimane distrutta, o molto minuita. All'assolutismo dei Re di Egitto resisteva l'energica potestà Sacerdotale; al fasto ed alla superbia di prepotenti cortigiani faceva ostacolo l'austera moderazione degl'iniziati ne' misteri d'Iside: la tirannide Egiziana avea tarpate le ali, ed ecco il perchè nè i Boccori nè i Sesostri nè i Sabbaconi aveano l'*harum* numeroso dei signori Turcheschi in un clima assai più fervente del Bizantino. L'Attica fu debitrice ad un'Egiziano Cecrope, della istituzione della *monogamia*, come riferiscono unanimamente gli scrittori (1).

Diamo uno sguardo all'Europa de' mezzi tempi. L'Oligarchia feudale avea resi i baroni tanti mandriani despotici delle avvilitte greggi dei loro vassalli. Tra le tante oppressioni chi non conosce l'infame dritto cunnatico? Ciò che prima era realtà osce- nissima, fu in processo di tempo turpe riscatto. Il privilegio delle prime notti dovea redimersi con certo prezzo, e l'erudito Alteserra ci dimostra che prima di accordarsi la facoltà del riscatto, fu realmente e con dirotta libidine praticato un tal privi-

(1) Athenaeus lib. 13. cap. 4—Suidas verbo *Προμηθεύς*.—Nonnius. Dionysiaca lib. 41. vs. 383, ove dice

..... Indissolubile.

La biga marital Cecrope volle

Ἐνέχυρος αὐτοῦ σὺν πατρὶ διζύοντα Κεκροῖ.

Di ciò nacque la favola che Cecrope fosse di doppia natura, imperciocchè, al riferir di Ateneo, non conoscevano quei primi Ateniesi per la promiscuità de' congiungimenti chi fosse il padre di ciascuno.

legio anche nelle più gelide regioni di Europa (1).

In Gallia ed in Germania i capi delle tribù praticavano la poligamia a' tempi di Cesare (2). Ariovisto ebbe contemporaneamente due mogli. Nei mezzi tempi i Re di Europa poteano considerarsi come tanti Sultani di Oriente per la molteplicità delle mogli e concubine. Il Re dei Franchi Chilperico ebbe più mogli nel tempo stesso. L'autore della vita di Pipino scrive di Dagoberto I (3) che oltre un numero considerevole di concubine, costui sposò tre regine. Eginardo ci numera molte concubine di Carlo Magno (4). Vi ebbe pochissima differenza per molto tempo tra i figliuoli legittimi e bastardi dei Re siccome confessa e comprova con assai documenti Eineccio (5). Poteansi dire i feudatari di quei tempi tanti bascia Musulmani coi loro serragli. Non di rado dalle comuni doveansi fare assegnamenti annuali per le favorite dei Baroni (6). Poteva applicarsi a costoro non solo il rimprovero che faceva Esiodo ai principi barbarici de' suoi tempi di *dorofugi* ossia divoratori di doni (7), m' anche quello di una libidine prepotente sulle donne soggette al loro dominio. Ecco dunque comprovato come la prepotenza troppo conscia della propria forza e intollerante di qualunque freno religioso o legislativo formanti la poligamia indipendentemente dal clima, se-

(1) De Ducib. et comit. provinc. lib. III cap. t. in fin. — Polydor. Vergil. Rer. Anglic. lib. 1. cap. 10 — Hachen. German. med. dissert. V. §. 12. — Sul dritto delle primizie delle spose nei mezzi tempi veggasi M. Gioja — Del merito e delle ricompense lib. 2. sez. 2. cap. 9: §. 3; lib. 1. sez. 2. art. 2. cap. 2. §. 1.

(2) De Bell. Gall. lib. 1. cap. 53.

(3) Apud Duchesne tom. 1. pag. 595. *Coepit praeter concubinas quarum multiplex erat numerus contra jus Canonicum. . . trium reginarum incestis abuti complexibus.*

(4) Vit. Carol. M. cap. 20.

(5) Heinecc. ib. §. 147.

(6) Winspeare — Storia degli abusi feudali nota 126.

(7) Opera et dies.

gnatamente quando la medesima spazia intorno le cose conquistate. Nelle aduste arene della repubblica Cartaginese era poco o nulla praticata la poligamia, mentre furono frequenti i serragli presso i Saraceni in paesi conquistati, freddissimi posti a paragone delle arsure della Libia. Nell'ardentissima Cartagine favellava con veemenza la patria dignità, e nei paesi debellati dai Saraceni il fragor delle catene degli oppressori non faceva udire la fioca voce degli oppressi (1).

§. 71. Il culto che seconda la sregolatezza delle umane passioni, dee per necessità fomentarne gli abusi. Anche nei governi dispotici un'abitudine severa religiosa è un potente baluardo contro la poligamia. Senza la religione Cristiana i Lascari, i Comneni, i Cantacuzeni, i Paleologi avrebbero tenuto in Costantinopoli serragli forse meglio dei Maometti dei Solimani dei Selim. Nella stessa Cina, non ostante il dispotismo che vi regna, l'uso della poligamia non è generale, perchè la legge di quel vastissimo impero non autorizza ma tollera il commercio con più donne, oltre la sposa legittima: nè le concubine han le prerogative della sposa e dei figliuoli di costei.

(1) Gioja Filosofia della statistica. Part. 2. lib. 1. cap. 1. §. 4. Un viaggiatore moderno favellando della Russia clima rigidissimo ci dice » Siccome regna a Waldaï un libertinaggio sfrenato noi osserveremo in passando, che vi sono pochi paesi dove sopra questo punto la licenza sia spinta più lungi che in Russia, e dove le malattie che ne sono le funeste conseguenze, siano più diffuse. Il disordine è un effetto necessario della servitù dei contadini. I signori riguardano tutte le loro schiave come loro proprietà, e farebbero le meraviglie se qualcuno li biasimasse di farne l'uso che lor piace. V'ha tal signore pel quale i suoi immensi fondi non sono che un vasto serraglio: nessuna rosa si schiude ch'egli non colga Journal des Voyages tom. 1. pag. 32-34.

Gli autocrati Russi nulla omisero e nulla omettono per debellare l'oltracotata possanza di quei signori, e lenire la condizione dei loro popoli.

Nella degenerazione dell'impero di Roma Valentiniano permise la poligamia (1). Vi era una condizione favorevole per la stessa, cioè l'estrema degradazione cittadina. Vi eran però due ostacoli potenti, la religione Cristiana ed un riflesso di raggi dell'antica e morente sapienza Romana; il perchè Teodosio Arcadio ed Oorior poco stante l'abolirono (2). Ciò che farà molta maraviglia, mentre in Oriente per le novelle di Leone e di Costantino Porfirogenito era il concubinato così severamente punito, in Occidente era in moda presso i Longobardi Normanni ed altri popoli. Ruggiero glorioso fondatore della nostra Monarchia oltre più mogli legittime ch'ebbe in tempi diversi, tenne ancora nel suo real palagio varie concubine, quali fatti riferendo Giannone conchiude. « Così il tempo muta le cose, e fa quel che prima era onesto, rendasi poi biasimevole e vergognoso (3). ».

(1) Iornandes de regn. et temp. success.—Montesquieu. *Esprit des loix* XVI. 3

(2) L. 7. C. de Iudaeis. Novell. 18, cap. 5.

(3) Lib. 11. cap. 7. §. 1. Altrove narra che il nostro Re Ladislao aveva nel suo palagio una specie di *harem* a somiglianza dei soldani di Egitto, e degl'imperadori Ottomani (lib. 24 cap. 8). Nelle opere postume lungamente discorre come il concubinato sì frequente nei tempi corrotti di Roma, in cui ad un legittimo congiungimento pei capricci, per lo sinodato lusso delle mogli, e pel libertinaggio preferivasi una concubina; si ritenesse nei novelli domini stabiliti in Europa dai popoli del Nord dopo la ruina dell'impero (cap. 12). Poscia toglie a dimostrare come s'incominciasse a proibire in Oriente per le novelle degl'imperadori Bizantini, e venisse poi abolito in Occidente e quanto alacremenente si adoperasse l'intrepido Ildebrando (Gregorio VII) per isvellere questo abuso ch'era sì profondamente radicato nell'ordine chiesastico (cap. 13 e 14).—Botta (Continuazione di Guicciardini lib. 34, favellando di Ferdinando Gonzaga Duca di Mantova, di Luigi XIV di Francia, e del duca di Savoia Vittorio Amedeo vissuti nei secoli XVII e XVIII conchiude. « La peste dei bastardi fu comune a quei tempi in tutte le corti, come se i principi volessero insegnare ai popoli col procedere che la poligamia dovesse divenir legge per tutti in Europa ».

In Roma la licenza aristocratica fu rattenuta dai nascenti principî democratici. Primamente non vi aveva comunicazione di nozze tra nobili e plebei, e niun nobile avrebbe concessa in isposa la propria figliuola a chi possedendo molte mogli, l'avrebbe forse tenuta in ultimo luogo. Nell'aristocrazia comunque assoluta si sente dal resto del popolo se non tutta, almeno gran parte della dignità nazionale. D'altronde la storia ci avverte che ogni cittadino Romano e Greco aveva innumerevoli schiave, sulle quali potevano esercitare il diritto della vita e della morte. Or qual'erudito, qual politico e moralista mi assicura che fra tante occasioni di oppressa bellezza, fra tanta possanza dominicale, tutti fossero stati continenti come lo fu Scipione colla moglie prigioniera di un Principe Spagnuolo, come lo fu Alessandro il Macedone colla moglie captiva di Dario ultimo Re dei Persiani? Se gli esempi fossero stati più frequenti, l'antichità ne avrebbe menato tanto vampo? E poi l'eroismo di Scipione e di Alessandro in quei due casi fu effetto di educazione e di virtù morale, o tratto di politica?

Fu permesso per alcun tempo nella repubblica Ateniese esausta di abitanti per molte pubbliche sciagure l'avere oltre la moglie legittima una concubina o schiava o straniera, ma non si permise giammai in Atene democratica di aver più mogli cittadine per non offendere la dignità nazionale di quel popolo (1).

(1) Vedi la legge in Samuel Petito LL. Atticae, lib. 6. tit. 1.

CAPITOLO III.

VARIETA' DEI PRINCIPI E DEGLI EFFETTI DELLA CAPACITA' DELLE DONNE SECONDO I DIVERSI PERIODI LEGISLATIVI.

- §. 72. Principi differenti che regolano la capacità delle donne nei diversi stadi di civiltà.
- §. 73. Principio dell' *imbecillità del sesso* predominante nel dominio forte.
- §. 74. Principio della *qualità dello stato* sorge nel dominio moderato, e predomina nella forte convenzione.
- §. 75. Fin dove possa estendersi l' intervento delle donne nella prova degli atti pubblici.
- §. 76. Dipendenza della moglie dal marito.
- §. 77. Riepilogo. — Trasmodamento del Codice Francese circa l' autorizzazione delle donne maritate.

§. 72. In tutto il corso legislativo due principî s' incontrano riguardo alla capacità delle donne, l'un dei quali parte dalla considerazione che la innata debolezza delle stesse non permette di abbandonarle ai loro consigli. Questo principio professò il filosofo Stagirita il quale disse la facoltà di giudicare debole nelle donne, imperfetta nei fanciulli (1). Il secondo poi deriva dalla considerazione che sebbene le donne possano di per sè attendere ai loro affari, nondimeno se son congiunte in matrimonio conviene che dipendano dal marito per non turbarsi nel conflitto di opinioni ugualmente potenti la pace delle famiglie. Per torre la collisione dei voleri, e la divergenza de' fini, bisogna che un solo regga la famiglia come diceva Euripide (2). Il principio che conside-

(1) Τοὐτο Θηλυ εἶχει μὲν τὸ βουλευτικόν ἀλλ' ἀκυρὸν οὐδὲ καὶ εἶχει μὲν, ἀλλ' ἀνάεσι. Polit. lib. 1. cap. 13. *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt.* Cicer. pro Murena cap. 12—E' l Console Porcio Catone arringando a pro della legge Oppia la quale restringeva il lusso donnesco dice « *Majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere foeminas sine auctore (idest tutore) voluerunt, sed in manu esse parentum, fratrum, virorum.* Liv. Hist. lib. 34. cap. 2.

(2) Andromach. vs 483. Medea vs. 14 et sqq.

ra la incapacità delle donne come radicale ed assoluta campeggia energicamente nel dominio forte, e lascia di sé tracce luminose nel dominio moderato, e nella forte convenzione. Il secondo principio che considera la incapacità delle donne come relativa (1) comincia a comparire nel dominio moderato, ed acquista vigore predominante nell'impero della forte convenzione.

§. 73. Le menti rozze del dominio forte concepirono delle donne una idea troppo umiliante. Tenute pressochè come ancelle poca parte presero nelle pubbliche faccende. Si sommisero a perpetua tutela, e reputaronsi disadatte a qualunque cosa che richiedesse o solerzia d'ingegno, o prestanza di mano. Il dritto dei Quiriti che sotto l'impero avea già cacciata in bando la perpetua tutela delle donne, in processo di tempo dovè cedere al torrente delle istituzioni nordiche le quali rinnovellarono l'infanzia della umanità, trascinando l'Europa alle sue prime abitudini.

§. 74. Domate queste dalla succedevole mitezza di costumanze, e sviluppo d'intelletto, prevalse il giudizio di Plutarco che le donne siano incapaci relativamente, e che siccome quando prendonsi due suoni concordi, la melodia si forma dal più grave, così nelle sagge famiglie, debba farsi ogni cosa col consenso di ambo gli sposi: in tutto però debba scorgersi o l'impero o il consiglio del marito (2). A proposito osserva un Greco scrittore che se per tutti è ferace di beni la concordia, lo è principalmente pei conjugii, ed è verità incontrastabile fortemente sentita ed energicamente espressa da Omero e dall'E-pico Ferrarese, che i litigi conjugali son difficili a dirimersi (3).

(1) *Ob qualitatem status, non già ob imbecillitatem sexus*, principio animatore del S. C. Vellejano.

(2) Plut. *Praecepta Conjugalìa*.

(3) Hom. *Iliad.* XXIV. vs. 205. La mitologia greca abbellì

§. 75. Il pudore che debb'essere l'ornamento più bello della donna non permette ch'ella si mescoli di troppo nelle faccende altrui. E da ciò mosse il divieto delle presenti legislazioni di Europa di ricever le donne come testimoni nella celebrazione di atti pubblici, e son chiamate solamente a deporre quei fatti cui furono presenti o che udirono i quali richiegono una nuda pruova. Siffatta teoria uniforme alla ragione ed al dritto romano fu ben chiarita da Armenopulo, e dal suo Scoliate (1).

§. 76. È dunque necessario che la moglie dipenda dall'impero o dal consiglio del marito per distornare le dissensioni dalle domestiche pareti.

Certamente Plutarco si trasse innanzi a tutti gli altri scrittori in largire precetti conjugali. Ei favellando del soccorso vicendevole che gli sposi debbonsi porgere così si esprime: « Siccome al dir dei medici percosse le parti sinistre del corpo, il dolore sentesi anche nelle destre, così conviene che la mo-

questa verità. Allorché Cadmo tolse per moglie *Armonia* figliuola di Venere; i Numi accorsero dall'Olimpo per festeggiare queste nozze, seco recando Cerere il formento, Mercurio la lira, Minerva il suo famoso monile il peplo e le fibbie per presentarne gli sposi: Apollo vi suonò la cetra, le Muse il flauto, e gli altri Iddi con liete acclamazioni aggiunsero allegrezza e decoro a tale imeneo. Questa fu la prima fiata che Numi assistessero a nozze di mortali. Quegli antichi poeti e filosofi colla loro ardente e leggiadra immaginazione non finsero l'intervento delle divinità gentilesche ad onorar le nozze di un mortale coi loro presenti, se non per dimostrare che siccome l'armonia conjugale è perenne sorgente di beni e di allegrezza alle famiglie, ed è gratissima al Cielo, così la dissensione che serpe nel cuore degli sposi sbruffiandovi il suo veleno è di mali larga produttrice, e spesso tinge anche di sangue i talami geniali, per servirmi delle frasi di Ariosto—Diodorus Sicul. Biblioth. hist. lib. 4. §. 2.—Hesiod. Theogonia vs. 937—Eusebius Praepar. Evangelic. lib. 2. cap. 2—Banier Mitologia lib. 4. cap. 12.

(1) Possono insomma le donne deporre *εν τῷ ἀποδείκνυσι (testimoniis demonstrativis)* non già assistere come testimoni *εν τῷ ἐπιστάσει (constitutivis)* come dice lo Scoliate di Armenopulo—Promptuarium Iuris lib. 1. tit. 6. §. 53.

glie sia partecipe delle sventure di suo marito, e questi di quelle di sua moglie; affinchè siccome i legami raddoppiati l'un dall'altro acquistano forza, così amandosi e soccorrendosi i conjugii, mercè di entrambi viva e si fortifichi la loro società » (2). Egli è necessario che la donna abbia ricorso ai consigli dell'uomo della sua elezione, a colui che ha intelligenza, buona volontà, amore

Che vede, vuol dirittamente ed ama.

per servirmi delle auree parole di Dante (2)

Le più culte Legislazioni di Europa per allontanare ogni pericolo di litigi fra gli sposi, sancirono le teorie che la prescrizione non debba correre tra i medesimi; che non possan vendere tra loro; ed altrettali disposizioni; imperciocchè al dir di Plutarco: « Poco sentir si dovrebbe in una città bene ordinata la distinzione fredda ed odiosa del *mio* e del *tuo*: ma ciò che è difficile in una città, è più facile nelle piccole società cioè nelle famiglie.

§. 77. Riepilogando le nostre idee, possiam conchiudere essere due i principii che incontransi in tutto il corso legislativo riguardo alla capacità delle donne. Pel primo debbono le donne esser sottoposte a perpetua tutela; pel secondo le maritate non possono contrarre nè agire in giudizio senza il consentimento dei loro mariti, e se il costoro dissenso è irragionevole senza l'autorizzazione del giudice. Siccome la ragione del divieto manca nelle non maritate e vedove, si scorge chiaramente che posson queste contrarre, ed agire in giudizio valevolmente. Il codice francese trasformò nell'applicazione del secondo principio quando volle che la moglie maggiore di un marito minorenni, interdetto, dichiarato assente o condannato do-

(1) *Praecepta conjugalia.*

(2) *Parad. XVII.*

vesse ricorrere al giudice per essere autorizzata, e che il giudice potesse accordare l'autorizzazione, benchè il marito non sia stato *sentito o chiamato*. Se ciò si esige per un rispetto all'autorità maritale; qual riverenza potrà esservi verso un marito che non si ascolta, e neppure si chiama? E perchè in siffatti casi non si restituisce alla moglie quella facoltà ch'ella avrebbe se non fosse maritata? È forse colpa sua se il costei marito per le prefate circostanze non può prestarle il consenso? Quali sono le conseguenze di siffatto trasmodamento? Niuna utilità, vano formolario, molto imbarazzo !!

CAPITOLO V.

POTESTÀ PATRIA. — TUTELA.

- §. 78. Vestigi del forte dominio circa la patria potestà sulle moderne legislazioni.
- §. 79. Mitigamento dell' energica potestà paterna.
- §. 80. Elementi essenziali ed elementi accidentali della medesima.
- §. 81. La tutela paterna è una qualità accidentale, che si può perdere, senza distruggersi la possanza paterna.
- §. 82. Origine e cagione dell' *autorità tutoria* appo i Romani.
- §. 83. Perchè nelle recenti legislazioni non richieggasi l'intervento del pupillo negli atti che fa il tutore nel nome pupillare.

§. 78. Abbiain dimostrato quanto foss'energica la potestà paterna nel forte dominio (1).

(1) Per non dilungarmi intorno le disposizioni legislative di tutt' i popoli, or mi basta ricordare quanto furono atroci le prime leggi Ateniesi nel punire i figliuoli inadempienti ai loro obblighi verso i genitori. Chi lasciava insepolto il padre era dichiarato reo di morte; in processo di tempo si mitigò detta legge, e venne il figliuolo espulso dalla patria, e privato della paterna eredità—Sopater in Hermogenem—Menrsius Them. Attic. Incorreva nella infamia chi non difendeva la causa dei propri genitori. Punivasi di morte chi non soccorreva i medesimi qualvolta soffrissero violenza—Curius Fortunatianus Rhet. lib. 1. Era diredato *ipso jure* il figliuolo che offendeva gli autori dei suoi giorni, e se questi gli rimettevano questo fallo, eran di-

Nei tempi a noi più vicini prima della legislazione francese, le obbligazioni contratte dai figliuoli di famiglia comunque maggiori eran nulle senza il consenso del padre.

Or bisogna osservare qualche cosa intorno i codici vigenti. Per legge napolitana al padre superstite spetta l'usufrutto dei beni del suo figlio minore: alla madre superstite ne spetta la metà. E perchè? Forse la madre non ama i suoi parti così teneramente come il padre? Forse i figliuoli le succedono per metà? Il perchè di siffatta disposizione si ritrova nel forte dominio, ove tutta la paterna autorità risiede nel marito energicamente, e la potestà materna è debolissima. Si è tracciata una strada intermezza tra il sistema di predominio, e quello di uguaglianza. Si son troppo venerati gli antichi pregiudizi non ostante lo spirito di una legislazione novella e la voce della natura.

Se la madre passa a seconde nozze, perde l'usufrutto legale: se il padre poi, lo ritiene. Ecco una disuguaglianza propria di tempi barbarici. Ciò che pel padre è azione indifferente, è colpa per la madre (1). Si è voluto condannare nel sesso debole ciò

chiarati infami—Sopater in Hermog—Chi percuoteva i genitori era castigato coll' amputazione delle mani, come parte del corpo che avea cooperato principalmente ad opra sì nefanda—Quintil. Declam. 372—Heraclides Ponticus in Allegoriis Homericis—Altra legge antecedente lo condannava ad esser lapidato—Auctor Problem. Rhetor. cap. 57—Chi gli affliggeva in altra guisa era privato dell' onore della sepoltura.

Niuno poteva essere creato Arconte se prima non si prendeva informo severissimo della sua passata condotta e principalmente s' erasi ben comportato verso i propri genitori.—Demosth. orat. in Eubulidem—Pollux lib. 8. cap. 8. Sect. 1.—Se qualche figliuolo rifuggiva all' obbligo di nutrire i propri genitori era dichiarato infame—Aelian. Hist. Animal. lib. 9. cap. 1—Diogenes Laertius in vit. Solonis.

(1) *Nam uxor contenta est, quae bona est, uno viro.*

Qui minus vir una uxore contentus siet.

Plautus Mercator. IV. 6. 8.

che si tollera nel forte, non ostante che la sperienza ci dimostri esser le matrigne assai più feroci dei patrigni coi miseri figliastri (1). Consimile all' antecedente è la disposizione legislativa così Romana come vigente, per la quale la madre che passa a seconde nozze perde *ipso jure* la tutela dei suoi figliuoli.

§. 79. La potestà paterna derivata dai più sacri dettami della natura, fu sempre e generalmente garantita dalle leggi positive di tutte le nazioni. Il padre è il più fido amico, il custode, e l' vindice della sua prole. I gravosi obblighi paterni, che per un' estraneo sono un peso non lieve, per un padre sono una sorgente inesaurita di mille delizie, e mille speranze.

Il principio animatore di tale potestà fu più o meno energico secondo le diverse abitudini civili, e i gradi di umanità legislativa. Abbiain veduto che nell' antica Roma il potere paterno era illimitato, tal che gli scrittori latini lo addimandarono *domestica maestà*: tal potere era nell' interesse assoluto ed esclusivo del padre di famiglia. Ma nelle moderne legislazioni, e segnatamente nella francese fu circoscritto da limiti, e fu rivolto al ben' essere della prole, di modo che la potestà paterna di oggidì non è nell' interesse esclusivo del padre, ma nell' interesse simultaneo e complessivo di costui e de' suoi figli.

§. 80. Premessa tal differenza caratteristica tra la

*S' un medesimo ardor, s' un disir pari
Inchina e sforza l' uno e l' altro sesso
A quel soave fin d' amor che pare
All' ignorante vulgo un grav' eccesso;
Perchè si dee punir donna o biasmare,
Che con uno o più d' uno abbia commesso
Quel che l' uom fa con quante n' ha appetito,
E lodato ne va, non che impunito.*

Ariosto-Orlando Furioso. IV. 66.

(1) *Lurida terribiles miscent aconita novercae.*

Ovid. Metam. l. 147.

legislazione Romana e la vigente, fa d'uopo distinguere due cose nel potere di un padre, cioè elementi *essenziali* ed *accidentali*. Sono elementi *essenziali* quelli che non possono divellersi dalla potestà paterna senza distruggerla ; quelli a cui lo stesso padre non può rinunciare. Il dritto all'amore ed al rispetto , il dritto di prestare il consenso pel matrimonio de' figliuoli , il dritto di correzione , quello di essere alimentato , e simiglianti vanno compresi in questa categoria. Sono poi elementi *accidentali* quelli che possono distaccarsi dalla potestà paterna, senza che questa venisse distrutta , ed a cui il padre può rinunciare , come sono il dritto di amministrazione , di usufrutto , e simiglianti.

§. 81. Agli elementi essenziali adunque non si può derogare neppure col consenso reciproco degli sposi. Ogni patto che modificasse questi sacri attributi della potestà paterna , sarebbero nulli. La madre che passa a seconde nozze senza aver convocato il consiglio di famiglia , perde la tutela e l'usufrutto ; non mai però i dritti che le derivano dall'essenza della qualità materna. Si può togliere anche ad un padre l'usufrutto dei beni che sian pervenuti ai propri figliuoli.

Diffinita la tutela del padre e della madre non come qualità essenziale , m' accidentale della potestà paterna , ne risultano due conseguenze 1.^o Che il padre e la madre nell'amministrazione de' beni de' loro figliuoli , sian tenuti agli stessi obblighi di un tutore estraneo , tranne pochissime eccezioni. 2.^o Che non adempiendo ai medesimi possono esser' espulsi dalla tutela , salva sempre la patria potestà.

§. 82. Presso i Romani il pupillo maggiore della infanzia potea far tutto *auctore tutore*. L'autorità tutoria non escludeva la necessità del consenso del pupillo ; dessa non n' era che il perfezionamento civile , il suggello ; la fiaccola rischieratrice della breve ed inesperta conoscenza del fanciullo. Presso i

popoli del Nord questa necessità del consenso pupillare è scomparsa ; il solo consenso del tutore senza l'intervento del minore è sufficiente in tutte le legislazioni Europee. Donde deriva siffatta differenza? Ogni gente, ogni derivazione della stessa che diceasi *famiglia* aveva i suoi propri Numi, i quali costituivano la prima individualità familiare, la differenza caratteristica di ciascuna razza, il primevo fondamento dell'inalienabilità patrimoniale, la prima vita religiosa. Ecco l'assioma delle XII Tavole *Sacra privata perpetua manento*. La donna non potea divenir moglie se non era fatta partecipe dei sacrifici del marito. Il giureconsulto Modestino definì le nozze « *Divini et humani juris communicatio-nem*. » Di qui le formole frequenti « *sacris paternis absolvi, in sacra alterius venire* » ed altre somiglianti. Centro di questa individualità sacro-familiare era il padre di famiglia, e chiunque non era soggetta a schiavitù, nè a potestà paterna, comunque minorenni era padre di famiglia, uomo civile, cioè persona, sacerdote de' sacrifici paterni, erede dell'avito larario. Appena il lume di sua mente si apriva allo spettacolo dell'universo; appena la sua lingua poteva ritrarre vocalmente i sensi dell'animo suo, appena poteva *fari*, cioè profferir parole sacre, egli aveva il dritto della sua favella sacro-familiare, egli era il sacrificatore dei suoi penati. E qui rimontando alla origine di *Fas* e di *Jupiter* avvertiamo che *Fas* fu la prima religione cioè la naturale, il politeismo delle famiglie: *Jupiter* la religione pubblica della società, il politeismo della nazione. Quando il politeismo pubblico assorbe il privato, quando la pubblica potenza s'innalza sulla depressione delle private licenze, questa rappresentazione religiosa del pupillo è inutile.

§. 83. Fino all'anno 309 della fondazione di Roma i patrizi ebbero il dritto de' connubi e degli auspizi, il quale fu comunicato ai plebei col plebi-

scito Cannulejo. Alla prerogativa degli auspizi erano annessi i dritti di suità, potestà patria, gentilità (1). Racconta Cicerone che dapprima nulla facevasi in Roma d'interessante sì pubblicamente che privatamente senza gli auspizi (2). Ai Romani dell'impero dovea bastare il solo consenso tutorio, ma che non può la forza inesorabile dei vecchi pregiudizi? Noi non conosciamo i popoli del Nord se non dopo che invasero le province Romane, e quando il monoteismo Cristiano distruggendo gl'idoli privati e pubblici aveva spopolato di numi il Pantheon di Roma, innalzata la mente umana ad un culto ed uno amore universale, si era sforzato a fare di tutto il mondo una città, di popoli innumerevoli una sola famiglia, e con una semplicità veramente divina avev' avvicinata la terra al cielo, il creato al creatore. Cessati adunque i sacerdoti di ciascuna famiglia, e le rappresentanze sacro-familiari degl'idoli, dov'anche cessare il bisogno dell'intervento de' pupilli sia che questi fossero maggiori, sia minori dell'infanzia, ed il tutore, come dice Eneccio, oggi piuttosto *amministra*, che *interpone l'autorità*. (3).

(1) Liv. lib. IV-4. lib. VI-42. Cicer. de repub. lib. 2. cap. 37. Edente Maio — Hein. Antiq. Roman. Append. ad lib. I. cap. I. §. 32—Sigonius de antiq. jur. Civ. Roman. cap. 7.

(2) *Nihil fere quondam majoris rei, nisi auspicato, nec privatim quidem gerebatur, quod etiam nunc auspices nuptiarum declarant, qui re omitta nomen tantum tenent.* lib. 2. cap. 36 de divinai.

(3) Recit. §. 256.

CAPITOLO VI.

DEL DOMICILIO.

- §. 84. Pregio del domicilio secondo i vari gradi di civiltà.
§. 85. Condizione politica delle città sotto la dominazione Romana.
§. 86. Stato deplorando dei decurioni delle città sotto gl' Imperadori.
§. 87. Si ricerca se i cittadini Romani abbiano sempre avuto più domicilii reali.

§. 84. Nel primo stadio legislativo il domicilio è per la casta privilegiata degli aristocrati un fonte perenne di dritti, pel volgo è un peso intollerabile. Nel secondo stadio anche la plebe è chiamata in parte ai benefizi della comunanza civile (1). Nel terzo poi l'impero di un solo assorbe i privilegi e le distinzioni delle classi, tutto uguaglia innanzi a sè, isola i vincoli di corporazione ch' esistono nei due stadi antecedenti, si fa centro di tutto, e non ha più il domicilio quelle attrattive che prim' aveva. Ognun conosce in qual miserevole condizione giacque primamente la plebe Romana la quale dopo molte concitazioni, solenni episodi dell'epopea Romana, dopo il periodo di lunghissimi anni, finalmente agguagliò la sua condizione politica a quella de' patrizi.

§. 85. Le città sottomesse alla repubblica romana non godevano gli stessi benefizi. Esse venivan considerate, o come *municipi*, o come *colonie*, o come *prefetture*. La miglior condizione politica era quella de' municipi, i quali viveano con proprie leggi e maestrati. Le colonie benchè viventi nella stessa guisa ubbidivano però sotto taluni riflessi alle leggi Romanae. Le prefetture governavansi dai prefetti spediti da Roma a loro talento. I municipi e le colonie pagavano a Roma un' annuo tributo, e le fornivano un certo numero di soldati, ed i viveri

(1) Gioja. Del merito e delle ricompense lib. 2. sez. 1. art. 5. cap. 1.

necessari al mantenimento di costoro. Dopo la guerra sociale l'Italia conquistò la cittadinanza romana, che poi l'imperador Caracalla comunicò a tutto l'impero. Ciò non ostante, la corruzione dei pubblici e privati costumi; le prepotenze di molti Cesari, degno prodotto di quelle depravate generazioni; la ingordigia, le ingiustizie e le rapine dei magistrati e degli uffiziali dell'impero; la moltitudine immensa dei poltroni Italiani, che correva in Roma per vivervi senza fatica, mercè le pubbliche munificenze; in fine le scorrerie dei barbari; furono cagioni potentissime dello spopolamento e dello squalore di quasi tutta Italia, di modo che Parma Piacenza Bologna Reggio altra volta città splendidissime, e popolose, furono dette da S. Ambrogio nei tempi suoi *cadaveri di città* (1).

§. 86. I *decurioni* delle città incaricati di esiger le imposte, e tenuti della totalità delle medesime, e quindi ordinariamente obbligati a pagarle con proprio danno, erano quasi sempre ridotti alla più grande miseria. Da ciò avvenne che la carica di decurioni che prima fu così dignitosa e desiderata, era abborrita e schivata con mille sutterfugi (2).

§. 87. S'ingannano grandemente quegli eruditi ed interpreti di dritto, i quali si avvisano che in ogni epoca di loro legislazione i Romani avessero riconosciuto più domicili reali. Ciò sarebbe stato un paradosso nell'antica Roma, ove il sentimento di famiglia, e di nazionalità era rigorosissimo; ove ciascun padre di famiglia aveva in un dato luogo i suoi Dei particolari, cioè *lari* che non potevano passare da un luogo all'altro (3).

(1) BOTTA *Storia de' popoli d'Italia* lib. 1.

(2) BOTTA *ivi*.

(3) *Dii enim topici idest locales ad alias regiones numquam transeunt*. Servius. Aeneid. VII. 47—*Tanta religio est sepulchrorum, ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse*. Ciceron. 11. de Legib.

Quando nei discendenti degeneri dei Quiriti il sentimento di nazionalità erasi spento, e 'l politeismo delle famiglie erasi assorbito dal politeismo pubblico; quando i cittadini dalle città fuggivano nei borghi per evitare le dispendiose e noiosissime cariche municipali (1); quando infine Antonino Caracalla concesse la cittadinanza di Roma a tutto l'impero, e fece, come disse un poeta di lui panegirista del mondo una città. *De Orbe urbem* (2); allora potè di leggieri introdursi, e di fatti s'introdusse il moltiplice domicilio reale (3).

Omero ne' cittadini de' tempi suoi esige essenzialmente tre requisiti, un lare, una tribù, un culto, e solo chi non ha questi tre caratteri, ei soggiunge, può desiderare la spaventosa ed abbominevole guerra civile (Il. IX. princip.

(1) ff. de Decurionib. L. 1.

(2) L. Romam ff. ad Municipalem. 1. 6. ff. de Excusat. tutor. Per cui disse Rutilio Numaziano lib. 1. Itin.

*Fecisti patriam diversis gentibus unam,
Urbem fecisti quod prius orbis erat.*

(3) L. 33. ff. ad Municip. L. 17. de stat. homin.

CAPITOLO VII.

ORIGINE E PROGREDIMENTO DEI DRITTI DELLA UNIVERSITA'
NEI MEZZI TEMPI.

- §. 88. Difficoltà della materia. — Differenti opinioni degli scrittori moderni circa l'origine del gius municipale nel medio evo.
- §. 89. Si confuta l'opinione di Savigny e di Guizot.
- §. 90. Quella di Boulainvilliers, Thierry e di Troya.
- §. 91. Si combatte la terza ed ultima opinione di Ekstein.
- §. 92. Influenza potente del cristianesimo. — Risorgimento del commercio.
- §. 93. Origine delle confraternite artigiane. — Loro influenza sull'origine e sviluppo del gius municipale.
- §. 94. Bisogno nei mezzi tempi di fortificarsi per famiglie, e per corporazioni. — Cariche ereditarie. — Progressi delle confraternite artigiane. — *Lega Anseatica*.
- §. 95. Origine delle corporazioni scientifiche nei mezzi tempi. — Loro missione, ed abusi.
- §. 96. Influenza delle *crociate* sull'*affrancamento* delle popolazioni.
- §. 97. Distruzione della feudalità e delle confraternite artigiane in gran parte di Europa. — Conclusione.

§. 88. Trattiamo una materia agitata da mille discussioni, combattuta da molteplici pareri, la quale ha richiamato e richiama le più serie indagini archeologiche, e le più aspre meditazioni degli eruditi più rinomati, e de' più solenni pubblicisti del presente secolo. Questo capitolo mi ha costato il più improbo lavoro sia per le ardue ricerche filosofiche, sia per chiarimenti storici, cui mi son consagrato colla più grande pazienza. Sarò felice se questa mia qualunque siasi fatica dissiperà qualche tenebra, e vibrerà qualche raggio sul bujo di questa notte profonda.

Diverse furono le opinioni di quei che favellarono del gius municipale intorno l'origine dei dritti delle Università nell'era del feudalismo. Ma le più recenti e rinomate possono ridursi a tre. 1. Quella di Savigny indefesso scrutatore dei monumenti storici dei mezzi tempi, e del celebre Guizot, i quali deriva-

no la genesi di questi diritti dalle istituzioni municipali dei Romani rispettate dai conquistatori del Nord (1). 2. Quella di Boulainvilliers e Thierry che la ripetono dalle diversità delle razze e quindi stabilita una triplice classe 1. de' popoli originari delle vinte province 2. dei Romani 3. de' popoli Settentrionali soggiogatori dell'impero; opinano che alla prima classe non era rimasto che il diritto di comperar la vita; alla 2. che godeva il diritto della vita si concesse la facoltà di procacciarsi dei comodi: alla 3. composta tutta di persone di nordico sangue competeva ogni prerogativa ed ogni partecipazione alla sociale felicità (2). L'ultima opinione è del Ba-

(1) Guizot nell'opera *Civilisation en Europe. Leçon VII.* con Savigny, Hulmann, e Madamigella de Lézardière, assume che il regime municipale fosse un legato dell'imperio Romano al mondo moderno, e riconosce l'origine dei comuni del medio evo nei grandi rottami delle romane istituzioni. Però lo stesso Guizot riferisce che nei mezzi tempi ogni cittadino *avait toujours la cotte de mailles sur la poitrine, la pique à la main, leur vie était presque aussi orageuse*: ciò che contribuiva immensamente al di lui maschio carattere; e che infine tutte le costruzioni anche delle case in città erano una specie di fortezza, che risvegliava la idea della guerra. Il medesimo conviene che i comuni del XII secolo non si componeano che di mercatanti e di piccioli proprietari, e che poscia il regime del privilegio s'introdusse nelle corporazioni. — Nel corso del capitolo osserveremo che questi dati storici, i quali Guizot dichiara ingenuamente, avrebbero dovuto condurlo a diversa opinione.

Savigny nell'opera *Histoire du droit romain au moyen age traduite par Guenoux* tom. 1. ch. 3 et 4. conviene sulla mescolanza delle istituzioni barbariche colle Romane; riconosce l'esistenza dei *boni homines*, altramente *rachinbourgs*, uomini liberi (§. 62) e candidamente confessa, che in talune città d'Italia i nobili cercavano sovente di procurarsi una influenza, od almeno un rifugio, facendosi iscrivere nelle corporazioni degli artigiani (tom. 2. chap. 19. §. 50).

(2) Carlo Troya, operoso indagatore degli annali de' mezzi tempi nel V. volume della *storia d'Italia del medio evo*, assume a dimostrare che i Longobardi avessero tolta ai Romani ogni ombra di cittadinanza, ogni magistrato della propria nazione, ogni uso pubblico delle leggi natie, e la proprietà delle

rone di Ekstein il quale si avvisa che siffatta origine dei dritti dell'università ebbe vita ed incremento dalla mescolanza delle genti vinte colle vincitrici.

Meditandosi su queste opinioni non è difficile il conoscere che riguardato il medio evo in taluni tempi e circostanze e presso alcuni popoli, tutte particolarmente sian vere, e fin'a un certo punto possono essere concause i tre elementi storici dati isolatamente come causa principale del gius municipale. Ma volendosi render generale alcuno dei prefati sistemi bisogna di necessità cadere in assurdi che rifiuta la ragione e che smentisce la storia.

§. 89. È vero ciò che dicono Savigny e Guizot che le istituzioni municipali latine furono rispettate dai barbari. Ma ciò fu vero per tutt'i popoli conquistati, ed in tutto l'intervallo della ricorsa barbarie? No certamente. Nella nostra Italia gli Eruli e poscia gli Ostrogoti conservarono ai vinti le loro leggi, e venerarono fino ad un certo segno le romane abitudini, ma per sè ritennero le rozze e primeve costu-

terre, riducendoli allo stato di tributari, o di *aldii*. L'autore per giustificare le sue proposizioni si abbandona al dettaglio minuzioso di molti fatti particolari, e crede dar la vera lezione di alcune parole di Paolo Diacono. F. Rezzonico che pone in disamina il suddetto discorso nel vol. VI del Giornale dell'Istituto Lombardo, si studia or combattere ed or modificare gli assunti del Troya ricorrendo ad altra serie di fatti speciali.

I fratelli Agostino ed Amedeo Thierry illustri scrittori francesi, il primo narrò la conquista d'Inghilterra fatta dai Normanni nel secolo XI, l'altro descrisse la Gallia sotto l'amministrazione Romana. Montesquieu nello *Spirito delle leggi* avea scritto l'apologia dei popoli conquistatori; i Signori Thierry al contrario si son dichiarati panegiristi dei popoli conquistati. — Bello è il vedere con quale anima, e con quanto calore Agostino Thierry racconti le aggressioni coraggiose e le disperate resistenze della povera borghesia contro gli Aristocrati delle città francesi, e com'esulti il di lui cuore quando la medesima è coronata nei suoi sforzi ardimentosi da lieto successo. Lermnier non a torto loda lo stile energico e semplice di Thierry, e l suo cuore di plebeo. *Philosophie du droit*. liv. III. ch. 2.

manze del settentrione. Dopo esser riconquistata da Giustiniano, sotto il costui successore Giustino cadde in potere dei Longobardi che non ebbero pei vinti romani la stessa venerazione degli Eruli e degli Ostrogoti, e se questi conservando l'antica nomenclatura si adoperarono con prudenza a trasfondere nelle vene affievolite e corrotte delle romane province nuovo sangue e vita novella, i Longobardi che rinvennero popoli già avezzi alla dominazione barbarica, regnarono con minore imbarazzo e riserba. Benchè costoro avessero lasciate a' vinti le antiche leggi, sebbene varie disposizioni del dritto romano intempestivamente si fossero frammiste alle silvestri e vergini tradizioni ed abitudini settentrionali, nondimeno l'alterigia dei vincitori, l'oppressione dei vinti, il pesante scettro della forza, l'accrescimento dei privilegi della nobiltà, il diverso calcolo del *weregild* o prezzo del sangue nel riscatto degli omicidi, la differenza enorme delle classi sociali, in realtà tutt'altro annunziavano che rispetto e venerazione. Dippiù questo primiero rispetto degl'invasori pei popoli soggiogati non fu lo stesso nelle altre province del Romano impero. La Brettagna, l'Africa, ad altre nazioni furono trattate con massima asprezza dalle orde feroci onde furono debellate (1). A ciò si aggiunge che ripartendo i nuovi conquistatori le terre dei vinti, serbandone a questi una porzione, la medesima variò secondo l'indole e l'umanità delle varie genti soggiogatrici (2). Finalmente la prefata

(1) Chindesvindo Re dei Visigoti bandì le leggi Romane dicendo « *Quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus haerent.* » L. Visig. lib. 2. tit. 1. cap. 9. Ataulfo Re Visigoto dice presso Orosio Hist. lib. 7. cap. 29. *Neque Gothos ullo modo parere legibus posse propter effraenatam barbariem.*

(2) Giannone—Storia civile del Regno di Napoli lib. 3. cap. 2. §. 5. I Franchi e molti altri popoli settentrionali per diritto di conquista impadronitisi così della pubblica che della privata signoria nelle province da essi soggiogate ridussero i popoli vinti alla condizione di *censiti* ovvero *ascrittizi*. Gian. ivi. Sul modo

opinione crolla qualvolta si consideri che fin dai tempi di Cesare (1) e di Tacito (2) dominava presso i Galli ed i Germani quella forza aristocratica che dopo l'invasione, traslogata sui floridi campi dell'impero romano crebbe di energia di spazio e di durata per la lontananza e debolezza dei Re, per l'abbattimento e prostrazione dei popoli, per l'ire delle fazioni in cui era scissa ogni città ed ogni picciolo villaggio, per cui Dante ebbe a sciamare,

*E l'un l'altro si rode
Di quei che un muro ed una fossa serra* (3).

In tanta confusione di cose pubbliche e private, in condizione di tempi così procellosa, in quella degenerazione della primeva e silvestre feudalità del Nord in feroce e propotente oligarchia; qual rispetto potea serbarsi per un'antica istituzione municipale abborrita sotto l'impero (4), ed assorta nell'oceano di tante vicissitudini e rimescolamenti? (5).

differente dell'appropriazione delle terre dei vinti veggasi M. Gioja. Del merito e delle ricompense lib. 1. sez. 2. art. 1. cap. 2.

(1) Scrisse Cesare dell'antica Gallia » *plebs plane servorum habebatur loco, quae per se nihil audet, nullique adhibetur consilio*. De B. G. Thiers — Ristretto della storia francese, pag. XIX. Lugano 1838.

(2) Tacit. de M. G. cap. 15.

(3) Dante Purgatorio. Canto VI. Il principio del libro 16 della storia d'Italia di Botta in continuazione del Guicciardini può dirsi erudito, eloquente, e vivace commentario di questi due versi di Dante.

(4) ff. de Decurionibus leg. 1.

(5) Carlo M. si sforzò restituire la giurisprudenza romana a qualche lustro. Giann. lib. 6. cap. 5. §. 7—Conringius de Iur. German. orig. cap. 20. Ancorchè Carlo M. Pipino, Lotario, Lodovico avessero permesso ai provinciali di vivere sotto quella legge che volessero, per la maggior parte però la Longobarda era eletta. Giann. lib. 7. cap. 2. Sotto i Normanni presso noi le leggi dominanti erano le Longobarde; e le Romane furono presso che disusate. Giann. lib. 11. cap. 5. Thiers, ivi p. XV.

§. 90. La distinzione delle classi secondo Boulainvilliers e Thierry è favorita dalla storia. Egli è vero che depresse le generazioni dei vinti, le razze vincitrici tutto arrogavano a sè per quel principio bestiale, che la forza è la regina del mondo. Ma è vero ancora che tra queste classi così disuguali, l'una feroce e l'altra oppressa s'interpose una classe dapprima composta tutta, e poscia per la maggior parte di Romani, la quale conservando come il sacro fuoco di Vesta, il linguaggio e le leggi di Roma, oppose al ferro brutale della forza prima la croce del Calvario, e di poi gli anatemi. Essa frenò i feroci ruggiti delle orde selvagge prima con gemiti e voci di mansuetudine e di poi colla forza dei vinti rigenerati ad una vita novella dagli empiti della disperazione, e dagli slanci del commercio. Gl'individui di questa classe intermedia che facevan le veci di tribuni della plebe con principî più puri, e con vedute più vaste degli antichi tribuni Romani, questi valorosi propugnatori dell'umanità delle nazioni a poco a poco si alzarono a tal grado che gaggiarono in fama in possanza ed in ricchezze coi più potenti della terra. Perciò non solo in Italia centro del Cristianesimo, ma in Francia Inghilterra ed in altre nazioni il clero formava una classe distinta ed illustre come la nobiltà.

Ma da questa triplice distinzione non poterono derivare i dritti dell'umanità imperciocchè era nell'interesse dei vincitori di conservare l'enorme lontananza che divideali dal gregge dei vinti e dal volgo degli stessi connazionali, il cui principale obbligo, la cui gloria maggiore, come diceva Tacito dei Germani suoi contemporanei (1), raggiravasi in una cieca obbedienza agli ordini dei loro Signori, seguitandoli nelle intraprese marziali e riputando come propria la fama conservata od accresciuta dei loro capi, a

(1) Tacit. *ibid.*

pro dei quali volentieri sacrificavano i servigi e la vita. Nell'interesse di costoro non fu mai nè la felicità dei vinti, nè quella degli schiavi o ligi loro connazionali (1).

§. 91. L'ultima opinione del Barone Ekstein che fa sorgere i diritti dell'università dall'alleanza delle genti vinte colle vincitrici è rifiutata dalla storia dei mezzi tempi, imperciocchè le frequent'invasioni di tante generazioni barbariche varie di usi d'indole di regione e di favella avvenute nelle province romane alterarono e spensero lo spirito municipale Latino. Se quelle contrade Italiche rimase agli Autocrati Bizantini, come la Sicilia, la Puglia, la Calabria e vari ducati subirono tante vicissitudini e cambiamenti di nomi di leggi d'istituzioni politiche, e di civili abitudini nel periodo di pochi secoli, a quali mutamenti non fu esposto il rimanente d'Italia or preda dei Longobardi, or dei Saraceni, or dei Franchi, dei Tedeschi, e di altri innumerevoli popoli?

§. 92. Se dunque consideriamo il diritto municipale Latino nei principj delle dominazioni barbariche, e vogliamo giudicar senza pregiudizj, è facile il discernere gli estremi momenti di una civiltà moribonda, l'ultimo stadio di un gius municipale che dovea spegnersi nella caligine dei secoli d'ignoranza, che dovea riaccendersi composto di nuovi elementi, animato d'altro spirito, e sotto sembianze novelle benchè ritenesse come reliquie del sofferto naufragio qualche vecchia nomenclatura. Tutte que-

(1) L'ammenda fissata dalle leggi barbariche per l'omicidio differenzia secondo la qualità e condizione dell'ucciso. Essa poteva ben dirsi il *termometro* del valor delle classi nobile chie-sastica e plebea nei tempi dell'ignoranza—M. Gioja del merito e delle ricompense lib. 1. sez. 1. articolo 2. cap. 6. nota 4. art. 3. cap. 10. lib. 1. sez. 1. art. 1. cap. 4. Tiers. ivi p. XII e XIII.

ste verità più luminosamente si ravvisano qualora si mediti che il gius municipale individualizzato ed abborrito nei tempi dell'impero Romano, rinacque in confraternite ed in corporazioni vestite di forme politiche, come l'antica Grecia e l'antica Roma comparvero sulla scena sociale ripartite quella in *fratrie*, questa in *tribù*. Ma qual fu l'origine dei dritti Universitari? Donde uscì quella voce potente che audace risvegliò menti intormentite nella barbarie, che sciolse e rinfrancò corpi incatenati ad un luogo, a guisa d'immobili per destinazione? Il commercio ricoverato nel vestibolo del tempio, insinuatosi tra quei popoli barbari, fortificato da confraternite artigiane dedicate a qualche Santo che spesso dipingeano nelle loro bandiere, fu l'antemurale contro la potenza dei privilegiati, ed a poco a poco circondato anch'esso or per gratitudine, or per debolezza dei Principi, or per propria usurpazione, di varî privilegi cominciò a spandere una vita di fuoco, di entusiasmo religioso, di movimento industriale nelle membra più dispregiate e indolenzite del corpo sociale. Di fatti nel trambusto di private guerricciuciole, tra le ire sanguinose e perpetue dei baroni, in mezzo a soprusi ed angarie di ogni maniera, tra le continue collisioni di strani ed enormi privilegi contro le più giuste e naturali garentigie dell'uomo; tra le odiose e interminabili guerre non solo di nazioni, ma di città e di villaggi fra loro; tra le rapinerie non solo tollerate m'attribuite ancora a gagliardia e fortezza di animo; tra l'abborrimento ingiusto dello straniero; tra i balzelli e i brigantaggi feudali (1) coi quali ad ogn'industria nascente tarpavansi le ali; ad ogni mercantile circolazione frapponevansi pastoje innumerevoli; il commercio non potè respirare libero ed immune che nelle *fiere* tenute in occasione delle festività di qualche

(1) Thiers ivi p. XXI.

santo. Ciò che non potè la ragione, fece la religione in quei tempi tristissimi (1).

§.93. Il commercio risurse vicino all'ara della preghiera e le arti destate da lungo letargo si coltivarono da individui tra sè collegati in confraternite sotto il gonfalone di qualche Santo. All'ombra della religione prima tollerate, poscia furono arricchite di molteplici privilegi e finalmente crebbero a tanta grandezza che in alcune città Italiane e di Germania tennero le redini del governo, in altre formarono un ordine distinto, ed in altre finalmente ove meglio non poterono, si adopraronο almeno ad immettere la condizione di vassallo, e rialzare gli animi avviliti mercè la molla possente dell'interesse, e col baluardo di artigiane confraternite. Il vero termometro delle maggiori o minori franchigie e libertà di un popolo nell'epoca feudale sta in ragion diretta del suo traffico. Chi conosce la storia di Europa può dire se mentre i luoghi marittimi per lo più risplendevano di anime intraprendenti, di ardito e brillante commercio; l'oligarchia feudale inferociva su' scoscesi monti ove tra lo squallore dei circostanti tugurii di poveri terrazzani erasi innalzata con superbi ed insospugnabili castelli. E perchè nulla si lasci alla dimostrazione del nostro parere, giova considerare che in moltissime parti del nostro regno il capo dell'Università si disse *Maestro giurato* (2) ed in Sicilia *Uffizii dei maestri notai dei giurati* si dissero le cancellerie comunali; ciò che dimostra la confusione dei *maestri giurati delle arti* coi rappresentanti delle popolazioni, e che il commercio riproducesse nelle ge-

(1) Tempi in cui l'anarchia della sciabla era temperata dall'anatema. Thiers. ivi p. XX.

(2) Che corrisponde al *magister mechanicarum artium*. In altre città Italiane i capi dei comuni per lo più non erano che Gonfalonieri, Priori, Consoli dell'arti ecc. Non solo Firenze, Napoli ed altre insigni città ci offrono nei mezzi tempi questi fenomeni, ma tutta l'Europa è ricca di tali esempi.

nerali oppressioni il gius municipale, accumulando grazie e privilegi alle arti in corporazione.

§. 94. Stabilita nell'epoca feudale la preminenza di una classe dominatrice e privilegiata; suscitato nei popoli obbietto di questo dominio e ludibrio di questi privilegi, il bisogno di una reazione tutrice della sua politica esistenza contro la forza colossale dei pochi che li circonda e li abbatte: diviene naturale in tutti l'idea di fortificarsi in confraternite ed in famiglie nella generale oppressione. Quindi in Roma alle centurie ed al senato dapprima si oppongono, poscia si agguagliano, ed in fine prevalgono le tribù. Nella ricorso barbarie alla potente autorità e giurisdizione baronale resistono le confraternite artigiane, le quali accresciute di privilegi creano nelle classi più volgari un'amministrazione ed un reggimento particolare, ed in più luoghi per via di eccezioni una immunità dal potere dei signori, una indipendenza dalla loro giurisdizione, una franchigia dalle loro angarie ed avarie. E poichè ciascuna delle nobili famiglie si era resa formidabile per gli ampissimi diritti i quali per successione trasfondeva negli eredi a fin di provvedere alla perpetua ricchezza e splendore della medesima (1), così anche surse nel volgo il pensiero di fortificarsi non solo per confraternite, m'anche per famiglie e col l'abuso accorrere all'abuso. Di qui sorge il diritto di *primogenitura*, primo cardine dell'oligarchia feudale; la costumanza della perpetuità ereditaria dei carichi non solo politici e religiosi, m'anche di arti

(1) Da ciò derivò che nei mezzi tempi ed anche in epoca a noi vicina le cariche di baly di carnefice ec. ec. erano perpetue in Svizzera presso talune famiglie. Mille altri esempi se ne potrebbero addurre dei diversi popoli di Europa. Siffatte storiche verità vennero colorite con vivace fantasia dal celebre Americano Cooper nel suo recentissimo racconto. « *Il carnefice di Berna* » — Thiers. Rivol. Franc. vol. 2. cap. 24. ove favella della Svizzera.

e mestieri (1): di qui la frequenza generale dei fe-
decommessi per fondare, accrescere la fortuna dei
privati. Da qui l'abuso delle *resignazioni* nei bene-
fici riprovato da più concili, e la necessità in cer-
te classi di patronati di presentare individui del-
la stessa famiglia del fondatore, e in molti luoghi
l'ereditario ed esclusivo passaggio di arti e mestieri
dai padri ai figliuoli. Era mania di tutti il fortifi-
carsi per privilegi di eredità e di corporazione. L'ul-
tima cosa cui si attendeva era il bene universale.

Dal detto finora si ravvisa chiaramente che nel-
l'epoca feudale le confraterie artigiane preparavano
nel silenzio quei tremendi sforzi che doveano lace-
rare i libri d'oro e gli smisurati privilegi della no-
biltà, diroccar le torri ed i castelli dei giganti dei
mezzi tempi, e dissipare i gotici fantasmi di una
discreditata aristocrazia. Ma nel tempo stesso prepa-
ravan la loro ruina. Dovea venire un tempo che il
loro zelo per le arti sarebbe degenerato in monopo-
lio, che la loro mediocrità avrebbe osato resistere al-
le creazioni, ed agli slanci delle arti e delle indu-
strie. Quindi era naturale che si rovesciassero anche
i loro annosi privilegi.

Nei mezzi tempi la lega *Anseatica* (2) crebbe sì
gagliardamente che stese i suoi traffichi in rimotis-
sime contrade, piegò la ferocia feudale al lavoro,

(1) Da ciò deriva la frequenza de' patronati ne' quali il voto
attivo o passivo, cioè la facoltà di nominare o di esser nomi-
nato restringesi a taluna famiglia, e spesso non si accorda a
tutti gl'individui della medesima. Quindi la ripartizione di si-
fatti patronati in *agnatizi*, *primogeniali saltatizi* ec. Leggiamo
il sacerdozio ereditario di molte famiglie greche ed asiatiche fin
dai tempi eroici descritti da Omero: e l'esclusivo sacerdozio
delle famiglie nobili Pinaria, e Potizia pel culto di Ercole, per
tacere tanti altri esempi.

(2) Lega *anseatica* così detta perchè *hanse* nell'antica lingua
di quelle regioni significava corporazione. Schoell la chiama *cor-
po a cento braccia senza testa*, imperciocchè mancava di un
capo istituito per dirigerne le operazioni al bene universale.

si rese formidabile ai confinanti monarchi, invigorì il dritto municipale di Alemagna, aperse nuove fonti d'industria di arti di ricchezze, repressa la pirateria e 'l brigantaggio, e diffuse lo spirito di civiltà di emulazione di audacia e d'immegliamento in popoli sepolti in una infingarda barbarie.

§. 95. Stabilito il commercio come pietra angolare della ricostruzione dei dritti universitarî nei mezzi tempi, sarà facile il ravvisare nella indole dei medesimi una *transazione feudale* che determinavasi dal maggiore o minore progredimento e libertà dell'industrie. Nè solamente le arti m' anche le scienze appena rinate seguendo lo stile di quei tempi si fortificarono in Accademie ed Università letterarie (1). Di qui l'origine di quella serie innumerevole di scientifiche riunioni, le quali utili, e feconde di magnanime intraprese in tempi di ferocia e d'ignoranza, divengono meno utili, e spesso di vana e superba ostentazione nei tempi più culti quando gli slanci dell' intelletto non hanno bisogno di forze radunate per essere applaudite. Anzi siccome le artigiane confraternite nate per la fortificazione delle arti contro l'oppressione dei potenti, allorchè si resero gagliarde, e rivestite di ammissimi privilegi, con vergognoso monopolio e con feroce dittatura, si sforzarono opprimere gli straordinarî artisti, che non appartenen-

(1) Manzoni - *Promessi sposi* cap. 1. « Quindi era in quei tempi portata al massimo punto la tendenza degl'individui a tenersi collegati in classi, a formarne di nuove, e a procurare ognuno la maggior potenza di quella a cui apparteneva. Il clero vegliava a difendere o ad estendere le sue immunità; la nobiltà i suoi privilegi, il militare le sue esenzioni. I mercanti, gli artigiani erano arruolati in maestranze e confraternite, i giurisperiti formavano una lega, i medici stessi una corporazione. Ognuna di queste picciole oligarchie aveva una sua forza speciale e propria, in ognuna l'individuo trovava il vantaggio d'impiegare per se, a proporzione della sua autorità e della sua destrezza, le forze riunite di molti ».

Thiers. ivi p. XXVII.

do a quelle corporazioni si levavano dal volgo della mediocrità con volo sublime: così intervenne pei corpi scientifici. Sarebbe troppo lungo e doloroso il descriver le tempeste che piovvero dalle cattedre Accademiche sopra ingegni valorosissimi la cui fama vive, e vivrà quanto il moto lontana non ostante gli anatemi di quei conciliaboli letterari (1).

§. 96. L'elemento religioso contribuì alla formazione dei corpi municipali anche per mezzo delle crociate, questo battesimo famoso delle nuove generazioni di Europa. Le ricchezze che derivarono a molte città d'Italia in occasione delle crociate, servirono ad accrescer la loro possanza e fortificare la loro indipendenza. I nobili per occorrere alle spese della loro spedizione in Terra Santa, ricorsero a un mezzo, che in processo di tempo, doveva lor tornar funesto, cioè alla vendita delle così dette *patenti di libertà*. I Principi concessero a piene mani privilegi a molte città per servigi renduti, o per danajo; e varî legislatori proclamarono il principio che tutti gli uomini erano naturalmente *franchi* (2).

(1) Robertson — *Quadro dei progressi della società in Europa che serve d'Introduzione alla storia di Carlo V.* Sez. 1.

(2) Nel medio evo le masse del popolo erano in continua resistenza coll'oppressione de' grandi. Faceva d'uopo concentrar tutti gli sforzi intellettuali per operare questa resistenza. Quindi le università erano utili eminentemente. Ma oggi non può dirsi lo stesso: oggi non si chieggono conoscenze se non per isviluppare le facoltà dell'uomo, e schiuder novelle vie all'attività del pensiero. Spesso le università di oggi giorno non offrono che palme inaridite — *Revue Britan.* n. 57. Settembre 1840).

Più volte soffersero le accuse che siano più amiche del potere che distribuisce grazie, che della verità la quale nulla può dare: che dispregino e perseguitino il progresso, preferendo le vie già battute alle novelle; che si compongano di mediocrità, e quindi rare volte sia uscita dal loro seno un'opera originale. Ma noi osserveremo con Say che gli abusi di ciascuna istituzione non possono nè debbono far giudicare della loro inutilità — *Cours complet d'Économie politique.* Part. VII. ch. 30.

§. 97. I privilegi delle diverse classi delle società si eran troppo moltiplicati. Dall' infinito loro numero sorgeano implicazioni d'interessi, collisioni di poteri, incompatibilità di eccezioni. D'altronde si era suscitato un movimento generale ansioso di novità, procelloso impaziente che volle tutto distruggere per riedificare (1). Allora si recise il nodo invece di scioglierlo, crollò il feudalismo, e scomparvero le artigiane confraterie in gran parte di Europa (2), e sulle ruine del medio evo si costituirono novelle e più umane istituzioni. Dopo il discorso finora, possiamo a ragione conchiudere che il cristianesimo, lo spirito d'industria e di commercio e lo spirito di associazione difensiva contro l'Aristocrazia del medio evo, siano le tre principali eccezioni del novello gius municipale.

(1) *Comme l'empire Romain divisé par de nombreux intérêts privés, avait merveilleusement prêté le flanc à l'action dissolvante du christianisme, de même il fallut que le moyen âge se fractionnât en d'innombrables privilèges pour que les intérêts isolés s'éloignant de plus en plus de leur foyer vivifiant, devinssent la proie de la révolution.* Gans. 3. leçon sur l'histoire des cinquante dernières années. — Decreto dell'assemblea costituente di Francia della notte dei 4 agosto 1789.

(2) Le coalizioni degli operai rese formidabili nell'Inghilterra segnatamente nel 1829 quando fu approvato il bill di Hume, divennero una sorgente inesausta di miserie ruine prepotenze delitti e danni gravissimi all'industria e ricchezza nazionale. O' Connell dipinge con tratti di vivace e magnanima eloquenza gl'inconvenienti di queste associazioni in Irlanda. — *Revue Britanniq.* Giugno 1838.

CAPITOLO VIII.

LINGUAGGIO, VITA PRIVATA E PUBBLICA DEI POPOLI BARBARI.

- §. 98. Linguaggio dei popoli barbari.
- §. 99. Loro amicizie forti e tenaci.
- §. 100. Natura ed effetti dell'adozione *sentimentale* nella prima e seconda barbarie.
- §. 101. Ladroncelli e piraterie dei medesimi.
- §. 102. Lor' ospitalità.
- §. 103. Si spiega il perchè della coesistenza di questi fenomeni contrari.

§. 98. Ove sono poche voci, l'uso dei tropi, e delle figure debb'essere frequente ardito, e l'linguaggio eminentemente poetico. Ov'è molta vita sensitiva; brillante impetuosa ed ardente dev'essere la fantasia; ricca d'immagini, di strani e magnifici paragoni, di rozzi ma vivaci concetti dev'esser la favella. È questa una verità primamente mal sentita, ma poscia resa incontrastabile ed eterna della ingegnosa dimostrazione del nostro Vico (1).

(1) La scienza etimologica, e la interpretazione dei *mili* sono due mezzi possenti per l'ingegno di Vico nella narrazione de' sorgimenti progressi stati decadenze e fini dei governi, per iscovrire la serie delle umane necessità ed utilità. Ei divide le lingue in quelle degl' Iddi, degli Eroi, degli uomini, e indaga l'origine e l'progredimento così delle stesse, che delle civili istituzioni coll' esame della genesi dei mutamenti e delle degradazioni dei vocaboli. Così nella voce *hoc* scovre la divinità che cenna colle *folgori*, parla coi *tuani*, avvisa e comanda per le sue *aquile*: scovre nel *fato* (da *for faris* parlare) la formola della natura (*naturae formulam*); ritrova nelle *are* le prime città; nelle voci *fas* forza, *prex*, preghiera onde *pretium*, *ops* soccorso, onde *optimus*, l'origine e la natura degli asili del feudalismo e del dominio ottimo dei campi: deriva dalla *fama* degli Eroi il principio e i doveri dei *famuli*; dalla sepoltura dei morti *humare* la prima civiltà de' popoli, *humanitas*. Mercè l'etimologie si studia ancora di scovrire le insegne militari ch'egli appella *lingua armata delle città*, la infanzia delle lingue nei monosillabi, ed i primi elementi del mondo civile: nè di ciò contento chiude l'arduo lavoro con favellar della sublimità gra-

§. 99. I Greci di Omero, i Romani più antichi e i barbari de' mezzi tempi han favellato ed han vissuto poeticamente. In siffatta condizione sociale ove si reputa dritto la violenza contro lo straniero; ove l'animo dei privati mal contenuto dalla debole autorità pubblica erompe precipitoso, ove il numero dei nemici è infinito, languido il commercio, infante la intelligenza; son pochi i rapporti di civiltà, e perciò ristrettissime le amicizie, e la energia di un cuore veemente tutta vi si getta, e vi si trasfonde. Di qui le amicizie dei mezzi tempi, cui tutto si sacrifica, e l'loro principio vitale caldo ed operoso. L'amistà degli Eroi Omerici è veemente e sempre piena di vita. Achille e Patroelo ne porgono il tipo più completo.

Le amicizie dei *fratelli di armi* nei mezzi tempi erano unioni sacre confermate dai più terribili giuramenti per crescerne polso ed autorità. Talvolta i due amici si facevano aprir la vena, e mescevano il loro sangue nella medesima tazza, portavano addosso pegni di reciproca fede, un cuore una catena ed un anello

vità ed acume dei linguaggi, della natura e dell'ufficio dei tropi.

Mario Pagano ne' suoi *Saggi Politici* seguì l'esempio e calcò le orme di tanto maestro, non cessando però di essere originale in molti punti della storia della umanità.

Illustre discepolo di amendue il Commendator Nicolini oggi Ministro Consigliere di Stato nel commento della procedura penale del Regno delle due Sicilie ci ha delineato il corso storico-ideologico del penale procedimento; lavoro di molta lena che non si perde in astrazioni infruttuose e parasite, e che rinfuoca nelle reliquie della natura concreta una lucida dichiarazione. Quivi egli si studia di armonizzare i due elementi, ragione delle leggi che si poggia sulla *necessità* di natura, ed autorità delle medesime che si fonda sul *volere* degl'imperanti. E tutta l'opera aggirasi in provare come per via di eccezioni si urtano e poi si crollano vieti principj, e si apre il varco a novello periodo di legislazione; ed è notevole la forza intellettuale di questo scrittore allorchè dimostra, valendosi spesso della scienza etimologica come di bussola, quali e quanti andirivieni abbiano implicato il passaggio dall'una all'altra teoria spesso tra sè contrarie.

d'oro. L'amore sì caro ai cavalieri, in siffatte occasioni non aveva che il secondo posto nelle anime loro, e si soccorreva l'amico prima dell'amante (1). Nella civiltà progredita i rapporti di attrazione son molteplici; il commercio è fiorente, l'audacia dei particolari infrenata dal pubblico potere; lo straniero è riguardato benignamente; le amicizie son numerosissime, ma poco energiche: par che il cuore umano in tanta moltiplicazione di affetti svapori intieramente, e in realtà non ami alcuno.

§. 100. Press'Omero l'adozione sentimentale di Fenice ed Achille (2) è somigliante all'adozione di Alarico Re Goto e Clodoveo Re Franco; di Liutprando e di Pipino (3). Siffatta adozione niuno effetto produceva riguardo alla successione; era soltanto un poetico simbolo di affetto; un contrassegno di stima cui subentrarono in tempi posteriori gli ordini cavallereschi; era come bene osserva il Cronista Ottone (4) una paternità, e figliuolanza spirituale. Nei tempi feroci il *comparatico* in Europa era l'alleanza più inespugnabile; tradire il compare credeasi lo stesso che tradire il padre (5). In molti villaggi delle nostre province non ancor gelati dall'egoismo della metropoli il *comparatico* è sicuro ed inviolabile: nello scorso decennio militare fu celebre il *comparismo* dei briganti Calabresi. Ch'ignora il brigantaggio e la perenne effervescenza dell'amicizia presso i Mor-

(1) Chateaubriand — *Genio del Cristianesimo* Parte IV. lib. 3. cap. 4. — I Cavalieri avevano tra loro (osservano Giannone e Costanzo) alcuni obblighi di fratellanza con molta fede e cortesia osservati senza che tra essi fosse mai surta briga o discordia alcuna. — Giann. lib. 20. cap. 3. §. 2.

(2) Iliad. IX. vs. 489. — Quinct. Calaber. Paralipomena lib. VII. vs. 650.

(3) Aimon. de gest. Franc. lib. 1. cap. 20. — Otto Fris. Chron. lib. 1. cap. 16.

(4) Otto. — *ibid.*

(5) Chateaubriand — *Genio del Cristianesimo* — Part. IV. lib. 3. cap. 4.

lacchi, e i riti poetici, e gajamente immaginosi con cui si contrae? Le azioni più atroci per la salvezza e vendetta dei compari si reputano in cert' epoche e regioni cosa santissima.

§. 101. Nei tempi Omerici, tra gli antichi Germani e Galli, e nei mezzi tempi la rapina e la pirateria si credevano esercizi gloriosi (1). Ci avvisa lo Scoliaista di Omero che presso gli antichi il ladroneccio non ascrivevasi a vitupero (2). Dagli antichi scrittori latini si adoperano frequentemente *ladroneggiare* per militare, *ladrone* per soldato (3).

Cesare Tacito ed altri scrittori ci favellano delle rapinerie dei Galli e dei Germani (4). Andronico Comneno Imperadore di Oriente il 1183 pensò reprimere la licenza del saccheggio nei naufragi, ordinò pene atrocissime non solo contro i convinti di spoglio m'anche contro quei che potendo impedirlo, non vi si fosser' opposti: ma l'editto di questo Sovrano sortì fievole esecuzione, e durò pochissimo (5). La famosa lega *Anseatica* surta circa la metà del secolo XIII tendeva a lontanare dal commercio Alemanno la pirateria e'l saccheggio (6). Era così frequente la condizione di corsaro in chi navigava che la voce Italiana *mariuolo* nata per indicare colui che solcava i mari, divenne sinonima di ladro (7) e le voci *ribaldo assassino masnadiero*,

(1) Hom. Odyss. III. vs. 71 — I. vs. 252.

(2) Οὐκ αἰδοῦν ἐν παρα τοῖς πάλαιος το ληστεύειν ἀλλ' ἐνδοῦν — ad Hom. ibid.

(3) Varro lib. VI. de L. L. — Festus voc. *latro*. — Servius in XII. lib. Aeneid. v. 7. — Plautus Milit. Act. 2. Scen. ultim.

(4) Caes. de Bell. Gallic. lib. VI. cap. 23 — Conringius de rep. antiq. Germ. §. 22 — Tacit. Annal. lib. XII. cap. 27 — Ammianus Marcellin. lib. XVII. cap. 10. lib. XXI. cap. 3. ed altri scrittori che posson vedersi in Leibnizio. — Scriptores rer. Brunsv. tom. 1.

(5) Bodinus de repub. lib. 1.

(6) Hallam. — Europa dei mezzi tempi vol. V. cap. 9.

(7) Muratori. — Dissertazioni sulle antichità dei mezzi tempi.

degenerarono dalla primeva ed onesta in cattivissima significanza (1).

§. 102. Appo gli stessi popoli l'ospitalità era molto affettuosa e frequente, e l'ospitalità si reputava peccato gravissimo. L'ospite era ricevuto amorevolmente, vi albergava più giorni senza interrogarsi neppure per qual motivo viaggiasse, e chi egli era. — Nestore chiede presso Omero ai suoi ospiti dopo aver dato loro cibo e stanza (2). » Chi siete voi? Solcate i mari per fare i pirati, o per altro motivo? » Lo stesso entusiasmo per l'ospitalità era nei mezzi tempi senza brigarsi s'era l'ospite un uomo dabbene ovvero un assassino (3) di strada. Tacito ci assicura degli antichi Germani » *hospitiis non alia gens effusius indulget. Quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur* » (4). Ch'ignora la grande ospitalità degli antichi e feroci Sciti Sarmati e Slavi? » Potete entrare nella tenda degli Arabi stessi » che vi spogliarono; odono con interesse e pietà » la vostra sventura, vi dicono *Dio è misericordioso*, vi rivestono mentre vedete il vostro abito » accanto a quello che vi è dato, partite carico della » loro benedizione, e sarete dai medesimi ladri forse » spogliato di nuovo nel dì seguente (5).

§. 103. Ma donde questo fenomeno? La natura morale come la cosmologica ama l'equilibrio. Ov'è maggior odio ed effratezza, è d'altronde come sopr'abbiamo visto, più sincera ed energica amistà; ov'è più grande violenza contro lo straniero, ci è maggiore ospitalità. — Omero la deriva dal timore di Giove ospitale (6). Io ne

(1) Perticari. — Degli scrittori del 300, lib. 2. cap. 2.

(2) Homer ibid.

(3) Chateaubriand. ivi.

(4) De morib. German. cap. 21—Heinecc. Elem. Iur. Germ. lib. 1. §. 419 420.

(5) Avventure di Pananti sulle coste di Barberia vol. 2. pag. 112. Napoli 1830.

(6) Odyss. lib. XIV. vs. 56. 283.—Theocritus, Idyll. 25. vs. 5.

trovo la ragione in fondo del cuore umano. I popoli barbari sono inculti, ma magnanimi. Non si oserrebbe respingere dal proprio tetto colui che non viene per offendere, e chiede il nostro soccorso. Inoltre lo spirito umano è creato per l'amor dei suoi simili. I vizi sono degenerazione, non già conseguenza della nostra natura. « Gli uomini non sono naturalmente nemici; egli è il rapporto delle cose che costituisce la guerra » diceva assennatamente il filosofo Ginevrino (1). La crudeltà, osserva il nostro Genovesi, nasce da bisogni o da urto di cagioni esterne, o da cattivo avvezzamento, mentre ciascuno sente la propensione di beneficiare altrui, quando nulla lo previene in contrario, e che non si muove ad offendere il proprio simile che o per necessità o per vendetta (2). Trovandosi cinto da popoli ch'ei debbe odiare perchè così richieggono le tristi condizioni dei tempi, cerca ogni via per manifestare la sua divina origine, e corre ad un'altro estremo, all'ospitalità. Mi si dirà che gli Arabi siano rapinatori ingordi, ma costoro che due passi lungi dal proprio padiglione ti saccheggiano, entrato nel padiglione ti rispettano e ti trattano come fratello. Divino accorgimento del Supremo Nume, che nel seno dell'efferatezza creò il germe dell'umana civiltà. Nei tempi inciviliti non si abborre più lo straniero, ma l'ospitalità è languida e rara senza un compenso. Non c'illudiamo. Le grandi virtù e i grandi vizi non appartengono che ai tempi barbarici ossia poetici. I tempi culti non ci presentano ordinariamente che virtù e vizi mediocri.

La moderna civiltà fa spesso gli uomini come i marmi ben tagliati, cioè freddi, duri e puliti. La forza del *me*, l'egoismo così bene descritto dall'Abbate Delille (3) è in tutta la sua energia. — « Io mi

(1) Rousseau. — Contratto sociale lib. 2. cap. 4.

(2) Lezioni di Economia Civile lib. 1. cap. 1.

(3) Segur Galler. vol. 2. cap. Della noja.

spiego, leggiadramente dice Verri (1), un uomo che
 » faccia professione di essere intimo amico di cento
 » persone, conviene che non lo sia veramente di nes-
 » suna. Da quì ne viene che lo spirito di amicizia
 » dolcissimo sentimento ed uno dei pochi innocenti
 » beni di quaggiù, non sia per lo più che un nome
 » vano; che tanti *ossequiosissimi* servitori, tanti *de-*
 » *votissimi* schiavi, tanti *rispettosissimi*, ed *amicissi-*
 » *mi* sino alle ceneri non siano che indifferentissime
 » creature che vanno ripetendo metodicamente per
 » professione queste superlative menzogne.

CAPITOLO IX.

DEL FEUDALISMO.

- §. 101. Scrittori sul feudalismo.—Lodi ed accuse di questa isti-
 tuzione.
 §. 105. Origine della medesima.
 §. 106. Cause della sua lunga durata nella ricorso barbarie.
 §. 107. Progressi del feudalismo nel medio evo.
 §. 108. Vicende del medesimo presso noi ed in Francia.

§. 104. Quanto si è scritto finora sulla origine, sulla
 natura e sulle vicende dell'aristocrazia feudale. Pria che
 Vico avesse proclamata la natura eterna de' feudi;
 un'altro Napolitano Camillo Porzio aveva già annun-
 ziato, che *lo stato regio di tutti gli altri il più ec-*
cellente ne' secoli ov' egli ha avuto luogo, di rado
fu senza di quelli uomini che oggidì son chiamati
baroni (2). Ma Vico sentì tutta la forza di questa
 verità, la sottopose a severa critica, la chiese e la
 riconobbe nei monumenti di Grecia e di Roma, e
 negli annali de' mezzi tempi, scoprendo i varî punti

(1) Discorso IV. *Lo spirito di società*. — Quindi fu ben de-
 finito il cerimoniale

Civile barbaro bugiardo
Frasario urbano d' inurbani petti,
Figlio di ratte labbra e sentir lardo.

Giolberti chiama l'apparente nostra civiltà *barbarie attillata*.

(2) Congiura dei Baroni lib. 1.

di somiglianza tra le abitudini civili delle antiche e recenti nazioni. Pagano sviluppò più diffusamente e con miglior metodo le idee di questo filosofo. Niebuhr senza nominar Vico adotta le sue dottrine, e fortifica con molta erudizione il parallelismo tra l'antico e'l nuovo mondo civile circa l'aristocrazia feudale (1).

Questa istituzione fu da taluni benedetta, da molti maledetta secondo le diverse guise onde fu riguardata, ed anche secondo i tempi in cui si scriveva. Chi la considerò come il più solido appoggio delle monarchie, e chi la riguardò come la più tirannica e più infausta usurpazione della pubblica autorità a danno dei Re e dei popoli (2). Ella è spenta tra noi. I suoi privilegi, le sue castella distrutte o crollanti, le sue tradizioni, le sue cronache ci attestano l'antica sua grandezza e le presenti sue ruine. Consideriamole con calma

Non dee guerra coi morti aver chi vive.

§. 105. Abbiamo osservato altrove che nell'era del forte dominio è fievole l'autorità pubblica, gigante-

(1) I rapporti tra patrono e cliente presso i Romani erano presso che i medesimi che quelli tra Signore e Vassalli. Bisogna però distinguere due epoche, l'una anteriore alla libertà plebea, ed alla formazione del comune, l'altra posteriore. Il bisogno dei *patroni* cessò quando i plebei conquistarono l'*isopolitia*, cioè divennero uguali ai patrizi nell'esercizio dei diritti politici. Ma questo bisogno non cessò nelle provincie, in cui famiglie ed intere città per avere in Roma una quasi rappresentanza politica, ed un presidio sicuro, ricorrevano al patronato di un Romano, come i *meteci* presso i Greci ricorrevano alla protezione di un cittadino finchè non acquistavano la cittadinanza, o almeno i vantaggi della *isotelia*, cioè della uguaglianza dei pubblici pesi.

Blackston travide l'analogia tra i clienti di Roma e i vassalli de' mezzi tempi. — Nieb. Storia di Roma tom. 1. Part 2.

(2) Niebuhr mentre loda il mite patrocinio degli antichi *patroni* accusa acremente lo spirito di rapina di prepotenza dei Signorotti dei mezzi tempi contro i loro vassalli. ib.

sca la licenza privata, e di quì sorgeva il bisogno di ricorrere ad *alterius fidem*, ossia alla protezione aristocratica. Dopo le opere di Vico, Pagano, e Niebuhr, favellare del sistema feudale dei Greci e dei Romani sarebbe impresa oziosa. Ne' mezzi tempi Leone ed Antemio nell' impero Bizantino, e dopo costoro Federico II in Occidente altamente condannarono la costumanza generale degli uomini deboli di ricoverarsi sotto il patrocinio dei forti. Ma queste leggi imperiali furono inutili perchè non confacenti allo spirito di quei popoli, e resistevano a quella condizione di tempi. I proteggitori Aristocrati a poco a poco usurparono molte prerogative, come mezzi per meglio proteggere i loro ricoverati. Di quì il dominio esclusivo e i tributi delle rive de' fiumi, delle pubbliche strade, delle piazze; i servigi forzosi *angarie e parangarie* e tanti diritti vessatori ed obbrobriosi. E dunque erronea l' opinione di coloro che credono esser nati siffatti mutamenti da concessioni di Sovrani. Costoro forzati dalle circostanze e dalla indole dei tempi li legittimarono ma non li crearono.

§. 106. Ma perchè il feudalismo ebbe maggior durata ed estensione nella ricorsa che nella prima barbarie? Siffatta quistione che sfuggì all'esame di Vico e di Pagano, e fu sì mal trattata dai moderni scrittori, merita tutta l' attenzione. In Atene e Roma che non conquistate corsero di per sè lo stadio della umana civiltà, e che dalla monarchia aristocratica per convenevole spazio di tempo passarono ad una pura democrazia, non allignarono, o furono spenti questi dritti nei primi albori di vita. Non così in Europa conquistata dalle nuove generazioni del Caucaso sbucate dalle loro tane per mutar la sopraffaccia della terra. Vicina a compiere l' intiero stadio d' incremento e degenerazione sociale, divenne preda di nuove e feroci tribù, e fu risospinta impetuosamente alla primeva selvatichezza del forte dominio. I vinti furono riguardati come servi, e dall' avere

l'Europa ricominciato il suo corso di civiltà per urto di conquiste, e non da per sè, derivò la lunghissima durata delle monarchie aristocratiche feudali.

In secondo luogo deve avvertirsi che i popoli del mezzodì preferivano alla vita privata e domestica lo strepito della vita pubblica; genti piene di brio e di vivacità amavano diffondersi al di là delle pareti familiari. I Greci, i Romani versavano di frequente nel foro, nelle pubbliche piazze, nei bagni, nel circo. I popoli del Nord sortirono un carattere ben diverso dal meridionale: dediti alla vita intima, di un temperamento che ama concentrarsi non diffondersi, meditabondi, preferiscono alla gloria della vita pubblica le dolcezze della solitudine e della famiglia. Ecco il perchè mentre i Greci ed i Romani avevano un senato aristocratico sedente nel cuore dello stato, nella metropoli del governo; i conquistatori settentrionali lungi dal rumore delle pubbliche assemblee si dispersero per lontane province, tenaci dell'antico modo di vivere tra i natii burroni, e gelosi della frazione del loro potere.

Il Cristianesimo moderò nei conquistatori il dritto della forza, rattenne nei vinti il desio della vendetta e l'impeto della reazione. Quindi ciò che la servitù perdeva d'intensità, acquistò in durata, fino a che religione e filosofia insieme unite non adeguarono il dritto della forza al dritto della umanità. Ma pria che fosse avvenuta presso vari popoli del mezzodì siffatta equazione, il feudalismo ricorso dominò per molti secoli.

Concorse ancora alla durata del feudalismo l'avversarsi l'Aristocrazia Nordica arrogato la imprescrittibilità de' propri diritti, come diremo a suo luogo.

§. 107. Finalmente non deve tacersi una differenza notevole tra i popoli dell'antichità, e quei dei mezzi tempi. I popoli antichi per lo più erano scompartiti in molte frazioni, ciascuna delle quali avea vita propria e indipendente dalle altre; ciò che molto

giova nei secoli di poca cultura a render difficile e distrugger subito ogni usurpazione aristocratica che tendesse a creare nello stato altri piccoli stati, a scindere tra mani private le attribuzioni del sovrano potere, e a render patrimonio di ricche lontane e disgregate famiglie l'imperio delle città e dei villaggi. Nei piccoli stati ove più ferve e vigila la gelosia; ove per la ristrettezza dei domini il pubblico potere, qualunque sia il regime che lo modera, si trasfonde vigorosamente ne' popoli soggetti informandoli del proprio spirito: divien malagevole l'esorbitante dominio e la patrimoniale giurisdizione dei feudatari, ed in caso di conquiste si avevano Principi tributari non già baroni. La Grecia fino ad Alessandro, l'Italia e molta parte dell'Occidente fino alla conquista dei Romani, ci porgono la lucida dimostrazione del detto finora. Popoli divisi e suddivisi viventi spartitamente, con proprie leggi, e senza stranie soggezioni, riunironsi in enorme massa quando già la coltura avea molto disgrossata la primeva rozzezza; e quando una sola mente ed una sola mano avevano anima e forza bastevole a governare e dirigere la macchina colossale. Ma quando cominciò ad ottenebrarsi la sapienza latina, a scemarsi la gloria delle aquile famose, a cader la riverenza delle leggi, e mostrarsi i fianchi del vasto impero scoperti alle percosse ed alle invasioni dei barbari, s'intese il bisogno di un ordine novello. Da quest'epoca principiò a spiegarsi con forza maggiore ed a gettar profonde radici l'oligarchia feudale del medio-evo. Capitani lasciati ai confini dell'impero più vicini al pericolo e più arricchiti di privilegi e di altri poteri vedeano la fiacchezza dei loro principi, la infedele connivenza di avari e crudi ministri, la lontananza dal centro delle pubbliche cose, la sicurezza della impunità, e sentivano i pungoli dell'ambizione e della ingordigia. Quindi a sè arrogavano tutto l'onore della spada e della toga: ebbero varî nomi

tra i quali quel di *comiti* e poco dopo di *catapani*. Molte province dell'impero soggiacquero alla dominazione barbarica, e dai rottami del mezzo crollato edificio sursero ampissimi reami governati da principi rozzi ma fortissimi. Convenne per meglio assicurar le conquiste distribuire gran parte dei soldati e dei capitani in regioni lontanissime. Morti quei principi valorosi si levavano frequenti contese di successione, gare, stizze, ambizioni di corte, e spesso guerre sanguinose. Piacquero ai duci di lontani paesi questi tempi difficili di civili dissensioni per insignorirsi di paesi da lor' occupati. Imbaldanziti dal potere, circondati dalla fedeltà e dal valore di sperimentate soldatesche, inanimati dalla distanza di Re deboli ed avvolti in lizze più tremende; sapean coglier sempre la propizia occasione di estorquere privilegi, di raffermare il loro potere, a di trasfonderlo alle proprie famiglie. La insubordinazione dei pochi giovò ai molti; del privilegio si fece un canone, della eccezione una regola, e dell'abuso di pochi una legge generale. Reami vastissimi divennero semenzajo di regoli, e benchè in apparenza sembrassero governati da una sola mente, in realtà lo erano da molte spesso discordi tra loro, e sempre infense al capo supremo.

Carlo Magno uomo straordinario, famoso conquistatore volle nel seno della barbarie reintegrare la dignità del caduto impero di Occidente, e di molti regni compose un corpo gigantesco. Spento lui, divisi gli stati tra i suoi deboli e degeneri discendenti, crebbe l'audacia aristocratica, e rari furono per più secoli quei principi che con fermezza onorevole avessero posto argine al torrente. Ciò non ostante se l'impero restituito, e poscia trasportato in Germania perdè gran parte dei suoi domini, nondimeno rimase il prestigio e l'fantonia di quell'antico potere in regioni lontane; ciò che nocque assai più, imperciocchè moltissimi signorotti di Germania

e d' Italia si facean ligi all'impero per colorire le loro usurpazioni presso popoli avviliti; e nei frequenti conflitti tra la Chiesa, e l'impero originarono una iliade interminabile di mali, una serie infinita di stati, e quel caos terribile in cui si avvolse l'Europa nella ricorsa notte della barbarie (1).

(1) Carlo il Calvo con un capitulare dell'anno 877 dichiarò gli uffizi ed i feudi ereditari. I Dottori notano otto variazioni principali dei feudi. Cominciarono coll'essere annui, e terminarono coll'essere inamovibili ereditari e potentissimi.

Nei mezzi tempi, che bene appella Manzoni, *secoli di batticuori e di rimpiazzamenti, secoli d'inerzia senza riposo, di dolori senza dignità, di stragi senza battaglia*, surse l'adagio, *niun signore senza terra, niuna terra senza signore*. Quindi il bisogno in ciascuno di servire al suo feudo. L'uomo era immobilizzato nel suo agro. *L'homo ligius de corpore et casatagio*, appena nato

*Cade in la selva, e non gli è parte scelta,
E là dove fortuna lo balestra,
Quivi germaglia come gran di spella:
Sorge in vermena ed in pianta silvestra,
L'arpie pascendo poi delle sue foglie
Fanno dolore ed al dolor finestra.*

Dante Inferno XIII. Ognuno stava sotto il suo capo, nel di lui coltello, e portav' alle ossa attaccata la servitù. Michelet Hist. de France liv. IV. ch. 2.

Oltre i feudi *reali* vi erano anche i *personali*, che consistevano in proventi di qualità speciale, come i feudi di *camera* e di *cavena* che consistevano in pensioni pagate dal tesoro pubblico ossia *camera*, o dalla dispensa del Signore detta *cavena*, quelli di *soldata* in prestazioni di danari o soldi o pure annona. Vi erano anche i feudi di *guardia* ch'era l'ufficio di governatore di un castello; di *gastaldia* ch'era l'ufficio di un agente per l'amministrazione; di *avvocazia* ch'era l'ufficio di difensore in giudizio.

I feudi erano *corporali* o *incorporali*, che si suddivideano in altre spezie. I feudi *maggiori* si conferivano da principi che aveano sovran' autorità, i *minori* poi da Vescovi, Abbati, duchi, marchesi ec. Nel primo caso i feudatari diceansi *valvasori* del Re, nel secondo poi *valvassini*.

I vassalli diceansi *extaliati*, *decimati*, *affidati*. *Extaliati* perchè pagavano l'estaglio così detto dal verbo *extaliare*, tagliare

§. 108. Non si deve passar sotto silenzio che Roberto ed Alfonso reputati i due re più saggi del nostro reame, l'uno con pubblicare le sue quattro lettere arbitrarie, e l'altro con estenderle al feudalismo, accordando spesso ai baroni nella investitura dei feudi il *mero* e *misto* impero, e così divellendo dalla corona la giurisdizione criminale; fortificarono in tal modo la tirannide feudale, che fu difficile a Carlo VIII di Francia conquistatore del nostro Regno, il togliere ai nostri baroni questo eminente privilegio del *mero* e *misto* impero, e ridurli nello stato in cui erano i baroni Francesi (1).

Poichè Carlo III Borbone di gloriosa ricordanza ebbe conquistato il nostro paese, tolto dallo squallore e dall'abbiezione di provincia di stranio e lontano impero, e fattolo risorgere alla dignità di nazione indipendente, nulla lasciò intanto onde restituire all'antica grandezza il nobilissimo retaggio di Ruggiero Normanno fondatore della nostra monarchia. Non fu tra gli ultimi divisa-

all'ingrosso, *crassius incidere*, perchè i baroni *crassius* in grosso si appropriavano de' frutti. *Decimati* dal pagamento della *decima*. *Affidati* perchè viveano sotto la *fede* ossia possanza de' feudatari. Dicevasi *affidazione* non solo per gli uomini, m'anche per le greggi ed armenti. Chiamavasi *fida* il fitto dell'erbe delle terre, nelle quali immettevansi per pascolo gli animali: *diffida* poi la pena cui soggiaceva oltre il rifacimento dei danni chiunque senza previa convenzione introducesse animali nei pascoli baronali o *universitari*—Const. Frid. Cum per partes Apuliae—Pragm. 1. de off. bajuli—Ducange, v. *affidamenta*.

Questi *affidati* non poteano uscir dalle loro terre senza il consenso del loro signore. Federico II Svevo si adoperò fortemente ad allontanare ogni sforzo di chi bramasse uscir dalla terra di cui era vassallo, e prescrisse l'ammenda di una libbra di oro contro il detentore di un vassallo della corona, e di mezza libbra contro il detentore di un vassallo baronale. V. dal tit. 7 all' 11 delle sue Costituzioni, e segnatamente le leggi — *Quisquis* — *Cum universis* — *Si dubitatio* — *Quia frequenter* etc.

(1) Giann. lib. 22. cap. 5 — lib. 26. cap. 2 — lib. 29. cap. 1.

menti di questo magnanimo Re quello di fortificare e concentrar l'autorità regia indebolita e sparpagliata nelle mani di tanti signorotti; ma le circostanze de' tempi non gli permisero di eseguire tutt' i mutamenti che avea disegnato. Politica e saggia fu la intrapresa di richiamare i baroni nella metropoli per aggiungere splendore all' aula del nuovo Principe. Così i popoli respirarono nella lontananza dei loro potenti signori, e 'l Monarca non ebbe a temere da costoro sediziose macchinazioni in seno di lontane province. Nè solamente al Principe ed ai popoli tornò utile questa impresa, ma riuscì vantaggios' ancora alle arti ed alle scienze; imperciocchè i baroni ridottisi nella capitale non gareggiarono più tra loro colla forza brutale, ma col più ricco apparato di superbi palagi, di splendide vesti, e di lungo cortèo di servi; e non pochi tra essi si addisero con lieto evento a coltivar le arti belle e le scienze più sublimi. Vivono ancora e vivranno eterni mille nomi di Signori Napolitani che decorarono i loro natali colla luce vividissima dei loro ingegni, e porsero la mano benefica ai più distinti scienziati.

Ma di ciò non pago il nuovo governo chiamò la signoria baronale a giustificare i suoi poteri. Colla prammatica del 1759 si disse che i possessori dei feudi non possono pretendere altri diritti se non quelli che sono stati dal fisco espressamente accordati. Quando si venne a siffatta dimostrazione, molti ricorsero al presidio della prescrizione, dell' equipollenze, delle congetture; ma quel governo dando un altro passo più formidabile dichiarò con dispaccio del 1772 che ove si trattava di regalia, non si poteva supplire nè per tempo, nè per congetture, nè per equipollenze, dovendo essere la concessione solenne e nella forma *specifica* vedersi ocularmente l' originale.

Dal detto finora si scorge chiaramente che a lente scosse, e senza infiniti dissidi e funesti avveni-

menti si sarebbe nel nostro reame raggiunto lo scopo (1), che in Francia si volle conseguire di salto tra mille agitazioni orribili, e con torrenti di sangue (2).

(1) Le riforme politiche, son parole di Carlo Emmanuele di Savoia, riportate da Federico II. (*Avant-propos à l'histoire de mon temps* tom. 2, ch. 1) si debbono operare, come i carcioffi che fa d'uopo mangiare a foglia a foglia, imperciocchè la *politique demande de la patience, et le chef d'oeuvre d'un homme habile est de faire quelque chose à son temps et à propos.*

(2) In Francia ai 4 agosto 1789 cadde il feudalismo e si ritenne il terraggio (*champart*). Ai 17 luglio 1793 si abolirono i terraggi, e le rendite *signoriali*, tolto ai proprietari anche il diritto d'indennizzo.

Presso noi con legge del 2 agosto 1806 fu abolita la feudalità; ai 15 marzo 1807 furono proscritti i fedecomessi. Ai 20 giugno 1803 venne abolita la decima prediale universale.



LIBRO III.

Ontologia sociale o sia parte obbiettiva
dei dritti.

CAPITOLO I.

DEFINIZIONE E GENESI FILOSOFICA DEL DOMINIO.

- §. 109. Definizione che dà Lerminier della proprietà—Suoi errori.
 §. 110. Definizione di Dante, di Savigny, e del Codice francese.
 §. 111. Origine filosofica e fondamento della proprietà. — Si rassegnano le diverse sentenze. — Opinione dell' autore.
 §. 112. Modificazioni della proprietà.—Errori commessi finora nel diffinirne la natura.

§. 109. La diffinizione che dà Lerminier della proprietà — *Individualità accordata coi bisogni coi dritti e coi progressi dell' associazione* — dichiara qual dovrebbe essere il dominio, e qual non potrà essere giammai, non già qual' è, qual' è stato, e qual sarà. Come si può mettere in accordo l'*individualità* coi bisogni e coi progressi dell' *associazione* senza una legge agraria almeno per ogni 50 anni? E come si potrà porre in esecuzione questa legge senza rovesciare l'ordine politico, la pace e la sicurezza delle famiglie? Ma secondo questo scrittore sono sante le rivoluzioni che riescono alla uguaglianza de' beni nella società. Ei tesse il panegirico di Agide e di Cleomene che voleano eseguire in Lacedemone una nuova ed uguale ripartizione di terreni. Ei fa l'*apoteosi* de' due fratelli Gracchi famosi demagoghi, autori e propugnatori della legge agraria appo i Romani. L' inesorabile Mario, il vincitore dei Cimbri, il tremendo nemico del patriziato,

da Lermioier si eleva alle s'elle colle fiere parole di Mirabeau. Quanto sangue, quante ruine, quali orrende catastrofi han cagionato al genere umano questi feroci deliri, questi orribili vaneggiamenti!! (1).

Cicerone si scaglia energicamente contro coloro che propongono le leggi agrarie per cacciar dalle loro sedi i possessori, o per condonare ai debitori le somme da essi dovute. Costoro, dice il filosofo Romano, distruggono i fondamenti della repubblica, *concordiam primum quae esse non potest, cum aliis adimuntur, aliis condonantur pecuniae: deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet*. E dopo aver narrato i pericoli di queste intraprese conchiude: *Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum qui nullum habuit, habeat; qui autem habuit, amittat?* (2).

Io non dubito che la proprietà sovente si trovi presso chi meno la merita: ma per queste anomalie le quali sono inevitabili in ogni civil comunanza, si sovvertirà l'ordine sociale? Si creeranno giudici per esaminare la giustizia morale della proprietà di ciascuno? Quali essi saranno, qual metodo osserveranno per conoscere il merito, con qual norma circoscriveranno i beni di ciascuno? E i ricchi proprietari saranno arrendevoli a tali sacrifici? Sono sogni, la cui realizzazione è più spaventevole, è più funesta di tutte le irregolarità che si volessero proscrivere. La umana industria, prudentemente secondata dai legittimi sforzi di una intelligente operosità può solamente correggere l'enormi disuguaglianze delle fortune private. E iniquità, è paralogismo politico il ricorrere ad altri spedienti. La carità dei

(1) Philos. du droit liv. II, ch. IV—*Hinc Gracchi et Saturnini turbatores plebis*. Tacit. Ann. III. 27.

(2) De off. II, 22 — Di simili ingiustizie abbiamo un bel monumento nella prima egloga di Virgilio.

ricchi possidenti può far meno sentire queste scabrose gradazioni. La *carità* santifica e legittima la ricchezza. La *pazienza* e l'*attività* nobilitano ed elevano la povertà.

§. 110. La diffinizione di Lerminier non è nuova. Dante avea diffinìo il dritto pressochè nello stesso modo—*Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat civitatem* (1).

Ma Dante non avea proclamato la santità delle rivoluzioni per conseguire questa reale e personale proporzione di uomo ad uomo, non avea resa la sua diffinizione seconda di sinistre illazioni.

Savigny diffinisce la proprietà: *possibilità giuridica* di agire ad arbitrio sopra una cosa, e di escludere qualunque altro dall'uso di essa. La *detenzione* è l'esercizio della proprietà, o per meglio dire la proprietà messa in atto (2). Ma questa diffinizione non è nuova. Essa venne attinta dal codice Francese colla differenza che Savigny chiama *possibilità giuridica*, ciò che il legislatore Francese appella *dritto*. (3). Ma prima di costui Eneccio colla guida delle leggi romane ci avea dato la identica diffinizione (4).

Le prefate diffinizioni ritengono lo stesso genere, e la stessa differenza specifica. Il genere è *diritto*. La differenza specifica è l'elemento complessivo, essenziale caratteristico, cioè *godimento* e *disponibilità esclusiva*. Con ciò si dichiara la nozione genuina della proprietà, la sua indole determinata dalla legislazione positiva.

(1) De monarchia 11—Ozanam, *Dante* part. 11.

(2) Del possesso Sez. I. §. 1.

(3) Art. 544. Cod. Fr. *La propriété est le droit de jouir, et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.*

(4) *Jus ex quo facultas de re disponendi, eamque vindicandi nascitur, nisi vel lex, vel conventio, vel testatoris voluntas obstat* — Recitationes §. 335 et seq.

§. 111. Qui sorge l'ardua quistione, donde deriva e su che si fonda la proprietà? Egli è vero che scaturisce dalla natura dell'uomo, ma ha bisogno però per *attuarsi* di atti speciali, come l'occupazione, la specificazione, la convenzione ecc. Credo però che molte dubbiezze sarebbero tolte, e si schiuerebbe più agevole il cammino allo scioglimento della quistione, avendosi per vero, come infatti è verissimo, che la *causa* della proprietà è nella umana natura; l'*occasione* negli atti speciali della umana attività; la *ricognizione*, la *modificazione*, e la *garentia* della medesima nella legge. Quindi non sembra esatta e precisa la idea di Ahrens che la proprietà debba considerarsi, come un diritto primitivo ed assoluto, non già come un dritto condizionale ossia ipotetico. Io convengo con lui che sia un dritto primitivo, ma ciò non basta per *attuarsi*. Egli è necessario che si riveli nel mondo dei fenomeni, e che riceva consistenza nella condizionalità. Fa d'uopo di un'atto speciale perchè si manifesti e si sviluppi, si circoscriva nel concorso de' dritti altrui, ed abbia garentigia dalla legge (1).

Secondo questo scrittore, la teoria dei giureconsulti Romani consagrada da Giustiniano, la quale fonda la proprietà sulla *occupazione* è ingiusta, erronea, e non suscettiva di applicazione ai dì nostri. È anche erronea la dottrina che fonda la proprietà sulla sola *specificazione*, ossia trasformazione delle cose nel lavoro, imperciocchè la trasformazione non *crea* la proprietà, ma la *presuppone*. È falsa l'opinione di coloro, che la fan nascere unicamente dalla *legge*, come si avvisa Montesquieu, Bentham e la maggior parte dei giureconsulti, e segnatamente i Francesi ed Inglesi. In tal modo la proprietà potrebb'esser creata dal solo dispotismo del legislatore, e sarebbe esposta alle decisioni

(1) Ahrens *filosofia del dritto*. Dritto individuale cap. 2. §. 2.

più arbitrarie. Vi ha taluni scrittori, che la fondano sulla *convenzione*, e tra questi debbe annoverarsi Kant, il quale sostiene che la *specificazione* prepara la proprietà, imperciocchè l'uomo con essa imprime alla cosa per così dire il suggello della sua *personalità*, trasformandola all'uso de' suoi bisogni, invertendola alla soddisfazione delle proprie necessità, ma però tal proprietà non è *diffinita* che dal mutuo consenso. Quindi la cosa semplicemente specificata dà dritto, secondo lui, alla *proprietà provvisoria*, mentre la *proprietà diffinitiva* è quella che sorge dalla convenzione di tutt' i membri della società. Fichte che continuò il sistema filosofico di Kant, assunse che la proprietà si fonda particolarmente ne' diritti personali dell'uomo; ma che vi bisogna una convenzione tra tutt' i membri della società civile per essere garentita, organizzata e distribuita proporzionatamente al lavoro. Secondo lui la proprietà non deriva da una form' accessoria, qual' è la convenzione, come pretende Kant, ma viene dedotta dalla nozione stessa del dritto, mentre la società civile non fornisce, che le altre due condizioni, cioè la garentigia e la organizzazione (1).

Io ho detto più sopra che la *causa* della proprietà sia nella umana natura, cioè nel complesso de' suoi bisogni derivanti dall' *essere* dell'uomo: che il legislatore deve *riconoscere*, *modificare*, *garentire* questo diritto. Ma ciò non basta. Fa di mestieri che vi concorrano degli atti speciali, i quali diano *occasione* alla proprietà, come l' *occupazione*, la *specificazione*, la *successione* ecc. Questi atti che io chiamerei mezzi legali per la conquista della proprietà sono necessari a chi vuol conseguirla. Quando Fichte li escluse, sconobbe la vera e genuina nozione, e la moralità sociale del dominio.

§. 112. Abbiain veduto che il dominio costa di

(1) Arbens ivi.

due elementi essenziali, *disponibilità*, *godimento* (1). La facoltà di rivendicare non ne forma un terzo, come molti han divisato, ma è ben contenuto ne' due primi, di cui può dirsi necessaria deduzione. Il dominio è modificabile in varie guise ne' suoi elementi caratteristici. Siffatte modificazioni le chiameremo *servitù*, perchè dirette al vantaggio altrui, coll'obbligo di un peso a danno del proprietario, e con ciò si vede che il campo delle servitù è più ampio di quel che si crede volgarmente. Or la servitù può cadere nella disponibilità e nel godimento, o in ciascuno di essi spartitamente. Nel primo caso si hanno i feudi, l'enfiteusi ecc.; e mal si avvisano coloro che facendo del dominio enfiteutico due frazioni, l'una cioè la *disponibilità* la tribuiscono al domino diretto, e l'altra cioè il *godimento* al domino utile. Che sia falsa questa ripartizione si scorge da ciò che l'enfiteuta può disporre della cosa nel modo però con cui la possiede col solo obbligo di avvertire il domino diretto per l'esercizio della prelazione, come corre anche tale obbligo a costui, per reciprocanza novellamente introdotta dalle nostre leggi, qualora gli talentasse vendere altrui il suo dritto dominicale. Quindi ciò che comunemente si crede nell'enfiteusi, segregazione de' due elementi dominicali, deve piuttosto reputarsi dipendenza dall'altrui volere nel disporre, o per meglio dire *servitù*. Inoltre il godimento dell'enfiteuta e del feudatario può ben dirsi *servo* in ciò che ne debbono far parte al domino diretto coll'annuale prestazione, sia di danajo, sia di derrate; o in vece di tali soddisfazioni, prestando servizio militare o la sola fedeltà, come interviene nei feudi. Nel secondo caso si hanno i fedecomessi, nei quali si concede al gravato il godimen-

(1) Malamente Aristotile restringe gli elementi del dominio ad un solo, cioè al dritto di alienare. Rhet. 1. 5.

to e non la disponibilità. Qui dobbiamo riferire un numero quasi infinito di servitù, che a tre categorie potrà ridursi. Alla prima si può riferire quella specie di servitù nel godimento, che per un dato tempo tutto lo assorbe, com'è per l'appunto l'usufrutto. Alla seconda appartengono quelle servitù che lo assorbono parzialmente, come talune specie di censi, l'abitazione, l'uso ed altrettali servitù. Alla terza categoria spettano quelle che lungi di assorbire i frutti o in tutto o in parte; non fanno che circoscriverne il godimento, come sono le servitù *onus ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendendi, luminum et ne luminibus officiatur, prospectus et ne prospectui officiatur, stillicidii vel fluminis recipiendi, vel non recipiendi* e moltissime altre. Queste idee sono per sè stesse molto semplici, e fa maraviglia come finora siansi commessi tanti errori così dai giureconsulti, come dai legislatori nel diffinire la natura delle cose più ovvie e più frequenti, diffinizione che avrebbe giovato immensamente al vero metodo.



CAPITOLO II.

GENESI STORICA DEL DOMINIO.

- §. 113. Raccapitolazione.
§. 114. Primo concetto del dominio. — La cosa immedesimata col proprietario.
§. 115. Secondo concetto del dominio. — La cosa annodata col proprietario.
§. 116. Cosa era la *mano* e 'l *nodo* presso gli antichi Quiriti. — Si disgombrano le nebbie, in cui si avvolgeva questo punto di legislazione romana.
§. 117. Parallelo della *mancipazione* romana fonte degli atti legittimi, colla *tinge* dei Longobardi, e colla *investitura* dei mezzi-tempi.
§. 118. Come la ignoranza dello spirito e delle vicende della *mancipazione* fosse cagione di acris dispute tra i giureconsulti e pubblicisti.
§. 119. La necessità di accettar solennemente la donazione è un vestigio degli atti legittimi. — Sua incoerenza colla civiltà progredita.
§. 120. Terzo concetto del dominio. — Dipendenza della cosa dal proprietario. — Tradizione, e sua posteriore inutilità. — *Vacua rei possessio* cosa sia.

§. 113. Abbiain detto aver l'uomo delle proprietà che gli appartengono per necessità di natura, e tali che niuna violenza potrà rapirgliel senza distruggerlo. Stabilimmo i due cardini di ogni legislazione, *impenetrabilità* e *movimento*, e riducemmo le diverse spezie di leggi a tre epoche, di forte dominio, di dominio moderato, e di forte convenzione. La impetuosa originaria *occupazione* dei primi popoli risponde assai bene alla impetuosa e fervente loro fantasia. L'espansione vocale dell'io eminentemente poetica e piena d'immagini bizzarre, di metafore arditissime rispondeva alla espansione della forza individuale diretta più dal bollore della passione che dalla freddezza del calcolo.

§. 114. Quindi la prima idea che sorge del dominio è quella di *autorità*, voce derivante da *autos*,

egli stesso, ed era una espansione, così energica delle forze umane sulle cose occupate che l'*io* sembrava immedesimato colla cosa. La metafora Virgiliana,

*Jam proximus ardet
Ucalegon* (1)

più che metafora può dirsi verità sociale, concetto civile potentemente ed universalmente sentito dai primi popoli. L'*io* domino si confondeva anzi s'identificava coll'oggetto dominato. Nella significanza di dominio adoperossi la voce *authoritas* dalle più vetuste leggi di Roma. *Adversus hostes aeterna authoritas est*. Il dominio sia eterno contro gli stranieri, cioè costoro non possano usucapire. Rimase il nome di *autori* agli antichi domini che doveano rilevare dalle altrui molestie circa l'*autorità* (dominio) i novelli acquirenti. Siffatta idea fu certamente anteriore a quella del *jus nexi*.

§. 115. Nella continuazione del forte dominio, svestito il primiero concetto d'identità dell'*io* colla *cosa*, la impenetrabilità dominicale rimane tanto energica che reputasi il dominio annodato all'oggetto, il quale non si reputa più suo cioè proprio per assoluta necessità di natura. Da questa grossolana idea d'impenetrabilità surse il *jus nexi* che aveva il domino e che trasferiva nell'alienazione della cosa. Questa idea secondaria del dominio forte fece lambiccare molti cervelli eruditi, tra i quali si distinse il Ch. nostro Vico per congetture più brillanti che vere. Che vuole dire questo *jus nexi* nella mancipazione? *Mancupo tibi hanc rem jure nexi*. « Io ti alieno questa cosa col forte dominio, per lo quale tu la possederai così strettamente, come se fosse a te annodata » Io credo che tal mancipazione non avesse luogo senza un simbolo, cioè una zolla od altro, e questo *jus nexi* era proprio della sola nobiltà Romana, non a-

(1) *Æn.* lib. 2. vs. 311-12.

vendo dapprima la plebe, che il dominio utile dei campi (1).

§. 116. Bisogna distinguere *nexus* da *nexum*, come bene avverte Manilio. *Nexum* è tutto ciò che faceasi per *aes et libram* secondo le prescrizioni del gius ottimo dei Romani. *Nexus* adjettivo, diceasi l'uomo o la cosa in tal modo obbligata. La confusione di queste due voci ha reso di questo punto sì semplice della legislazione Romana un laberinto inestricabile. *Mancipatio* è l'atto della consegna reale o fittizia dell'uomo o della cosa nelle mani dell'ac-

(1) Il detto finora si rende più chiaro col seguente squarcio di Varrone chiamato ridicolo da Gronovio, il quale bestemiava pedantesca mente ciò che non intendeva. *Nexum Manilius scribit omne quod per aes et libram geritur, in quo sit mancipi*. Di ciò appare che nelle mancipazioni debbono esser presenti le cose d'alienarsi almeno per simbolo. *Mucius Scaevola quae per aes et libram sunt ut obligentur, praeter quam quae mancipio dentur*, cioè Muzio Scevola chiama nesso (nodo) tutto ciò che si aliena per *aes et libram*, acciò non solamente si consegna la cosa promessa nelle mani dell'acquirente *praeter quam quae mancipio detur*, ma si annodi ancora *obligetur* al novello domino. *Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaeritur*, cioè nesso è così detto, perchè *nectit* la cosa alienata al domino novello, *nam idem quod obligatur per libram, neque suum sit, inde nexum dictum*. De L. L. lib. VI. Idea degna del sagace intelletto di Varrone! Niuno può dire nel vero linguaggio di una rigorosa ideologia, che le cose fuor di sè sian sue, tutto al più potrà dirsi che si annodino all'uomo, ma non già che siano assolutamente e necessariamente proprie. Ciò che bellamente esprime Orazio Epist. lib. II. Epist. 2. vs. 171.

... Tanquam

*Sit proprium cuiquam puncto quod mobilis horae
Nunc prece, nunc pretio, nunc vi, nunc sorte suprema
Permutet dominos, et cedat in altera jura.*

Questo brano delle opere di Varrone è uno scoglio tremendo per le inette spieghie degli eruditi intorno il *jus nexi*, e per la ingegnosa benchè falsa interpretazione del nostro Vico.

Niebuhr volle emendare questo squarcio, ma la sua correzione riuscì infelice. Al *praeter quam quae* sostituì *praeter quae*, alla voce *idem* surrogò *idest* ed alle parole *neque suum sit* quelle *neque suum fit*. Storia Romana. Parte II. nota 486.

quirente. Questa appunto è la *mano*. *Nexum* è l'atto traslativo del dominio quiritario, con cui l'uomo o la cosa rimaneano avvinti, ossia annodati al novello domino. Ecco il *nodo*, il quale si celebrava in presenza di testimoni con solenni parole, *per aes et libram*, e la cui mercè il plebeo vendeva al patrizio la sua libertà e i suoi servigi personali (sola vendita che allora potev'aver luogo tra i patrizi ed i plebei i quali erano *censuatiarii* dei nobili, e che bene Niebuhr paragona ai moderni Irlandesi). Ecco la *mano* e'l *nodo* degli antichi *quiriti*. Nè solamente i servi, *mancipia*, ma molte altre cose dette *mancipi* non poteano trasferirsi che colla mano e col nodo. Ciò premesso diviene chiarissimo questo punto così controverso. E se dubbio rimane alla mia spiegazione, lo discioglie Festo con tali parole, ch'ei pronunzia sull'autorità di Elio Gallo. *Nexum est quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio*. Si badi alla parola *necti* che non debbe restringersi ai soli *nexi*, ma debbe estendersi alla confezione del testamento e a tutti gli atti legittimi. Alla mano ed al nodo si riferisce quel famoso capo delle leggi Decemvirali. *Qui nexum faciet mancipiumque, ita jus esto, uti lingua nuncupasset*, ove *nuncupare* non è che il profferire solenni parole di stipulazione e di accettazione.

§. 117. Siccome i Romani ne' testamenti, vendite, emancipazioni, stipulazioni, donazioni, ed altri più frequenti modi di trasferire il dominio o la potestà, usavano la solenne formola di *mancipazione* ossia vendita immaginaria: parimenti i popoli del Nord, e segnatamente i Longobardi vi adoperavano la tinge (*thinx*) ossia tingazione, atto legittimo che si compiva colla vendita immaginaria innanzi i *gisili* cioè testimoni di egual condizione (1) alla presenza

(1) Vi è un'antica voce francese *Gessel* che significa compagno.

delle parti prestato il giuramento con solenni parole, e con una simbolica tradizione. Il finto prezzo dicevasi *launechild*.

Che la mancipazione dei Romani corrispondesse alla *tinge*, potrei dimostrarlo con molte leggi longobardiche, tra le quali piacemi riferire quella di Liutprando « *Si quis servum suum fulfreale inthingaverit et aamund a se fecerit* (1) la qual legge deve spiegarsi così. » Se alcuno abbia reso colla mancipazione (*inthingaverit*) libero (*fulfreale*) e indipendente dalla sua tutela ossia potestà (*aamund*): ed un'altra legge riguardante la donazione dice—*Donatio quae sine thingatione, aut sine launechild facta sit minime stare debet* (2).

Questa unità di formulario presso i popoli di forte dominio creata dalla grossolana semplicità di quelle menti rese la legislazione scrupolosissima, e recò non poca sollecitudine ed imbarazzo alle seguenti legislazioni, non brevi meditazioni e vigilie agli eruditi che iguorandone il perchè si perdettero in questo labirinto. Tiensi fermo per tutti gli scrittori di gius feudale che la *investitura* richiesta così essenzialmente nella concessione del dominio utile dei feudi avea dapprima luogo anche nei beni *allodiali* cioè liberi presso tutti i popoli del Nord. La investitura era di due spezie, *propria* che consisteva nella tradizione reale del possesso, ed *impropria* in cui la tradizione avveniva per simboli, come la bandiera, l'anello, la spada e cose somiglienti. Or chi crede-

(1) LL. Liutprandi tit. 36. §. 1.

(2) LL. Longobard. lib. 2. tit. 15. 1. 5—Riguardo alla vendita immaginaria nelle donazioni veggasi Alteserra—Not. et observ. ad Gregorii Turonensis lib. 1. cap. XXIX. Non fu propria dei soli cittadini romani, ma comune a tutti i popoli di forte dominio. Riguardo alle nazioni di origine Germanica veggansi inoltre Formul. Alsaticae—Lex Salica tit. 30—Lex Ripuaria tit. 57, §. 1. tit. 62. §. 2.—Baluz. Cap. tom. 2. p. 905—Goldast. tom. 3. Constit. imp. n. 1—Heinecc. Elem. J. G. lib. 1. §. 151—Giannone lib. V. cap. 5.

rebbe che la tradizione reale non valesse senza la simbolica, o tutto al più accordasse il breve dritto quasi feudi; mentre poi la simbolica trasferiva efficacemente il dominio?

La investitura faceasi colle maggiori solennità. Le principali sono le seguenti. Si concedeva colla famosa formola. « *Io t'investo con questa spada, bandiera ecc.* » doveano adoperarsi come testimoni *pares curiae*; e nella investitura dei feudi, baroni che possedevano feudi del medesimo signore che investiva. Il feudatario ossia vassallo investito dovea prestar giuramento di fedeltà ossia di omaggio (*hominium*) (1). Riguardo ai beni liberi molti simboli si adoperarono dai popoli del nord nel trasferimento del dominio (2). Parlerò solo della donazione per non dilungarmi troppo. In Dacia eseguivasi nella chiesa con una zolla che ponevasi sull'altare, o nelle mani del prelado (*antistitis*) qual forma di donazione dicevasi *scotatio*. Nella Inghilterra faceasi colla

(1) Ad ogni cambiamento di vassallo dovea rinnovarsi la investitura, alla quale subentrò, rallentandosi l'asprezza formolaria del dominio forte, il *rilevio* specie di prestazione da farsi al signore del feudo dal novello feudatario.

(2) LL. Longobard. passim—Heinecc. Elem. Jur. Germ.—Marculfus Formul—Strykius Exam. Jur. Feudal—Alteserr. Orig. Feudor.—Giannone lib. V. cap. V.

Parmi quasi inutile l'avvertire l'uso frequente dei simboli appo i Romani antichi in tutti gli atti del viver civile. La *crezione* (adizione di eredità) faceasi col salto e percossa dei diti; il primo era simbolo di allegrezza, la seconda di dominio ed impero. La *nunziamento di nuova opera* avveniva col gettare una pietruccia; l'*usurpazione* ossia l'interrompimento dell'usucapione col rompere un germoglio. La *rivindica* s'istituiva, o col farsi venire le parti alle prese nel luogo controvertito, o col portare una zolla dello stesso al pretore—Alteserr. de Fiction. Jur.—Presso i romani si concedeva al servo la libertà colla verga, e con siffatto simbolo accordavasi la investitura dei beni presso gli Slavi—Cujac. Observ. lib. VIII. cap. 14.—Questo linguaggio simbolico nel dominio moderato, nella forte convenzione può chiamarsi con Persio sterile di verità—Satyr. V. vs. 75.

consegna della spada, elmo, sprone, stregghia, coppa, arco, saetta; in Francia faceasi colla consegna del guanto, che poneasi sull'altare (1). Primamente la donazione compivasi appo i Romani mercè la *mancipazione* nelle cose *mancipi*, e la tradizione nelle cose non *mancipi*.

§. 118. A poco a poco si allargò il rigor delle formole; e da ultimo Giustiniano sanzionò donarsi validamente anche col patto, e colla promessa. Di quì luminosamente appare che non conobbe affatto i varî gradi del corso legislativo quella immensa turba di giureconsulti e di pubblicisti, la quale acremente disputò, se la donazione dovesse reputarsi *giusto titolo*, o piuttosto *mezzo* di acquistare. Chi negò esser giusto titolo, e chi mezzo di acquistare. Ma gli uni e gli altri s'ingannarono. La donazione fu dapprima mezzo di acquistare, e senza *mancipazione* o consegna non poteva compiersi. Poscia fu giusto titolo, imperciocchè si consumava col solo patto o promessa, nè più crollava s'era mancante di consegna.

§. 119. La necessità legale dell'accettazione richiesta essenzialmente nelle moderne legislazioni dai donatari è un vestigio del dominio forte, in cui donar non si poteva senza l'intervento e consenso del donatario che non potea supplirsi neppure col mandato: necessità inutile nell'impero del dominio moderato, e della forte convenzione, quando la vita legale è più nelle astrazioni e nelle verità, che nei simboli. Inoltre è una presunzione che sorge dal seno della umana natura, che ciascuno accetti ciò ch'è utile; e potrebbe almeno bastare la volontà di accettare espressa in qualunque siasi modo senza bisogno di ulteriore solenne dichiarazione.

Sotto l'impero di Roma si tenne per fermo che fosse valevole il pagamento fatto da un terzo sia che

(1) Alteserr. ad Innoc. III. Decret. lib. I. tit. 4.

il sappia il vero debitore, sia che l'ignori, sia che vi consenta sia che vi dissenta. Siffatto principio adottò il codice Francese intorno i pagamenti e l'*avallo* in materie commerciali. Non è questa una contraddizione dello spirito legislativo, che in taluni casi il terzo possa migliorar la condizione altrui, ed in altri casi nol possa? Ciò non faccia maraviglia. Quali frivolezze non si dissero per chiarire il perchè la condizione impossibile non infermasse le disposizioni testamentarie, m'annullasse le convenzioni! Intanto il codice Francese ritenne la distinzione romana sapientemente rigettata da Grozio e Puffendorfio e cancellata dal codice Prussiano.

§. 120. Il terzo concetto del dominio è quello di dipendenza della cosa dal proprietario. Non più *identità* della cosa collo stesso, non più *nodo* tra l'una e l'altro, ma solamente quella dipende da questo, il quale ne può disporre a suo talento. Allora può dirsi la cosa derivazione, attinenza della casa (*domus*) ed in questo senso dovè primamente riceversi la voce *dominium*. Tra il subbietto e l'obbietto non avvi più identità, non grossolana relazione di fisico annodamento, ma una semplice relazione civile ed accidentale, la quale, come dice Orazio, può sfuggirci

Puncto mobilis horae.

Allora può dirsi il dominio *proprietà* nella sua vera e primitiva significanza consona alla sua etimologia da *prope* vicino, dappresso, per indicare la intima relazione dell'oggetto col soggetto.

Il *jus nexi* ossia del nodo a poco a poco cadde in disuso, dopo che il gius ottimo dei Quiriti venne primamente comunicato alla plebe di Roma, poscia alla intera Italia, e finalmente per legge dell'Imperator Caracalla a tutto il vasto imperio Romano. Allora per le cose *mancipi* bastò la semplice *tradizione* come questa si era creduta sufficiente per le cose

nec mancipi. In questo periodo legislativo poteva validamente consegnarsi dal vero padrone una cosa da altri posseduta? Ecco un'ardua quistione che divampò tra i commentatori del dritto Romano » *An rei possessio tradi debeat* » Vinnio (1) attenutosi dapprima all'affermativa, si volse poscia alla negativa, perchè, egli dice, è necessario per la tradizione che la cosa pria si soggetti alla potestà di colui al quale si vuol consegnare. Allorchè le idee son già disgrossate dallo impaccio materiale dei sensi; basta il nudo consenso, cioè la sola espansione morale dell'io espressa con segni esteriori, pel trasferimento del dominio. Allora questo diviene un *quid juris*, che dovrebbe ritenersi e trasmettersi efficacemente *nudo animo*: allora cessata la necessità della tradizione, dileguasi ogni dubbiezza, ed alla materialità di pastoje imbarazzanti subentra la genuina semplicità delle mentali concezioni.

CAPITOLO III.

DOMINIO SEMIPIENO.

- §. 121. Spezie e cause del dominio semipieno.
- §. 122. Concessione di un fondo coll'obbligo di una pensione annuale in danaio, derrate, o in servizio militare, o in altre opere.
- §. 123. Sommissione spontanea o necessaria del domino a tale obbligo a pro di un potente, alla cui protezione ricorre, o dal quale è vinto.
- §. 124. Gli *agri vectigales* furono posteriori e non anteriori all'enfiteusi — Errore dei giureconsulti e dei pubblicisti.
- §. 125. Origine ed indole dell'*accomandigia*.
- §. 126. Metamorfosi del mutuo.
- §. 127. Nuova indole dei censi dopo la rivoluzione francese.
- §. 128. Modificazione del contratto enfiteutico appo noi.
- §. 129. Altre novità del Governo Militare in Napoli.

§. 121. Le tre spezie principali e più celebri di dominio semipieno sono enfiteusi, censo, feudo. Se ne accontano altre, come per esempio, il *libellatico*, il

(1) Vinnio — Instit. lib. 2. Tit. 1. §. 40. 2.

drritto di *precaria*, e 'l drritto censitico senza investitura (1). In questa ultima spezie quegli cui fu concesso un fondo non debbe che un'annuale prestazione in danajo o in derrate, e non è tenuto ad obblighi di preferenza, di laudemio, di devoluzione. Diritto censitico ristretto in simil guisa io dico quello dei ricchi di Atene a' tempi di Solone, pel quale esigevano la sesta parte dei frutti. Sorge dopo l'enfiteusi, di cui viene a temperare il rigore ed a diminuir la frequenza, e si affa al dominio moderato ed alla forte convenzione assai più dell'enfiteusi, la quale col timore della devoluzione, colla necessità della preferenza, colla importunità dispendiosa dei laudemî, vestigi importuni della tirannia dominicale toglie all'agricoltura la libertà, impedisce il veloce movimento dei dritti ed agghiaccia le speranze dei coloni (2). L'enfiteusi, il censo, il feudo (3) non-

(1) Basta, Jus priv. Neapol. de Censib.—Il capitolo VI dell'opera del Winspeare—*Introduzione alla storia del feudalismo*—può dirsi una erudita dimostrazione del principio filosofico del Vico che dichiarò eterna la natura dei feudi perchè coeva all'anarchia delle umane passioni.—Veggasi Thiers—*Rivoluzione Franc.* vol. 2. cap. 27. ove favella dell'Egitto.

(2) Nei beni censitici senza investitura, il censuario aveva il pieno dominio, il concedente poi il solo diritto del censo. Hermecc. Elem. Jur. Germ. lib. 2. tit. 2. §. 34. et seq.—Alteserra—*Origines Feudorum* cap. 10 in finem—Sotto la categoria del censo va compresa una moltitudine numerosa di prestazioni, le quali o si calcolavano in ragion di semina, ed esigevansi a *coertura* o *mezza coertura*; o in ragione di parte de' frutti, e dimandavansi *quinte seste*, *settime*, *decime* ecc. Le decime ripartivansi in prediali, personali e miste. Anche l'accattone doveva in moltissime regioni pagar la decima di ciò che buscava mendicando di porta in porta; anche la meretrice dovea soddisfar la decima dei suoi venali accoppiamenti—Giann. lib. 10. cap. 12. §. 1.

(3) A simiglianza dei feudi ed in ciò son concordi i Canonisti s'introdussero i benefizi Ecclesiastici. Alla investitura dei feudi può paragonarsi la *collazione* dei benefizi libera, e la non libera qual è la *istituzione* canonica nel gius patronato—Entrambi si addimandarono *beneficia et servitia*. I feudi conferi-

chè le altre spezie somiglienti del dominio semipieno debbono la loro genesi ad una di queste tre cagioni 1. concessione di un fondo coll'obbligo a chi lo riceve di prestare al concedente una pensione annuale in danajo o in derrate, o il servizio militare, o altre opere. 2. Sommissione spontanea o necessaria del domino a tale obbligo a pro di un potente, sotto la cui fede ossia protezione ei ricorre, o dal quale è vinto. 3. Metamorfosi del mutuo in compera dei frutti di un fondo.

§. 122. I Re che (*poimenes laon*) pastori dei popoli, si dissero dai primi poeti Greci, accordavano territori ai loro benemeriti. Questi d'altronde dovevano esser fedeli, e prestar servizio ai Re nelle guerre. Vico, e Pagano (1) ne arrecano esempi lumino-

vansi pel servizio militare; i benefizi ecclesiastici pel divino: quelli prima temporanei divennero perpetui in processo di tempo; questi mercè la *resignazione* divennero pressochè ereditari. Il rilasciamento del servizio militare per le *ostendizie*, e per l'*adoa* si fece ancor sentire nella chiesa. In somma gli abusi dei baroni furono introdotti nei feudi divini, e vi vollero assai bolle pontificie e concili tra i quali si distinse il Tridentino per reprimere questi abusi—Botta—Continuazione del Guicciardini lib. XI—Intorno l'origine de' benefizi chiesastici, le riserve, resignazioni, regressi, grazie, e spettative, spogli, coadjutorie, pensioni, guise molteplici di patronato, ed altrettali materie beneficiarie, lungamente s'intertiene il Giannone, discorrendone in più luoghi i progredimenti e le conseguenze, lib. 19. cap. 5. §. 2. 3. 5—Colpa non lieve di questo scrittore si fu di avere imputato alla chiesa ciò che non fu che un'abuso universale di quei secoli, abborrito dai buoni chiesastici, e fulminato più volte dal Gerarca Cristiano e dai Concili. Quando si scrive la storia col prisma delle passioni, riesce impossibile il non cadere in gravissimi falli.

(1) Pagano—Saggi Politici—Sagg. 2—Hom. Iliad. IX. vs. 149-291—Odyss. IV. vs. 174—Il. IX. vs. 611—Il proprietario dei campi era detto *eroe* presso i Greci, *er* appo i Celti, *herus* dai Latini, *herrin* dai Germani. La voce *era*, onde le anzidette derivano, così in greco, come nelle lingue Orientali importa terra, e dicesi *erez* in Ebreo, *area* in Caldeo Siriaco ed Arabo, *ert* in lingua Celtica, *cart* in Inglese. Gli antichi

si. Lo stesso dee dirsi dei Germani a tempi di Tacito. I compagni (*comites*) doveano servire al Principe « *illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriae ejus adsignare, praecipuum sacramentum est* » che si disse fedeltà della milizia ne' mezzi tempi. D'altronde il principe dovea compensare i compagni con cavalli pranzi, e come congettura sagacemente Eneccio illustrando questo luogo di Tacito, anche con dei campi (1). Della stessa natura sono le concessioni fatte nei mezzi tempi ai così detti *vassalli, baroni, feudatari*, nonchè il *jus censiticum* cioè il censo riservativo così appellato perchè riservavasi dal concedente il dominio diretto, o qualche prestazione annuale nella concessione del fondo.

§. 123. Sommissione spontanea può dirsi quella dei *clienti* delle province ai *patroni* Romani per esser difesi da ogni oltraggio. I patroni proteggevano a tutt' uomo i loro *clienti* e questi osservarono quelli non solo con segni di stima e di amore, m' anche con delle prestazioni. Dal bisogno di ricorrere al più potente nacque nei mezzi tempi il mutamento di moltissimi beni *allodiali* (2) in tenimenti feudali, qual cosa Arrigo Hallam dimostra con molta verità storica (3). Savigny chiarisce con solida erudizione questo cambiamento quasi universale, e la stretta

Germani adoravano *herto* cioè la madre terra—Tac. De morib. Germ. 40.—Dalla partizione dei campi derivarono le arti e le leggi, e segnatamente i sacrifici e la costanza dei matrimoni, quindi in greco da *era* terra, *eros* l'amor legittimo degli Eroi, *iera* le cose sacre: e siccome i primi litigi che incorsero nelle civili società riguardavano la spettanza dei terreni e dei frutti da *era* terra si disse *eris* litigio.

(1) Tacit. De Morib. German. cap. 15.—Hein. Elem. Jur. Germ. lib. 1. §. 66.

(2) *Allodio* d' *alode*, patrimonio avito, voce usata nelle leggi Saliche e Ripuarie. — Struvius Hist. Jur. Feud §. 2 — dicevasi ancora *burgensatico* da *bürger* tedesco, che significa cittadino.

(3) Europa del medio evo; vol. 2, cap. 5.

somiglianza dei *liberi* presso le nazioni di origine Germanica, e dei *liberi* per *gius ottimo* presso gli antichi Romani. Siccome questi aveano soli il dominio quiritario, così quegli avean soli la legittima proprietà (*æthe eigenthum*) (1). Congetture di profonda investigazione guidarono l'acuto ingegno del Vico a credere che il solo dominio *bonitario* ossia *utile* fosse dapprima spettato alla plebe romana, sendo rimaso il *quiritario*, cioè *diretto*, ai *patrizi*, e che dopo lunghi ammutinamenti ed acris dispute la plebe conseguì il dominio ottimo dei campi. Osserva e dimostra assennatamente Micali che presso gli Etrusci, Sabini, prisci Latini, Volsci, e Sanniti vivevano numerosi *popolani*, *tolti già in protezione dai più potenti sotto l'obbligo di mutui commodi e benefizi*, e che di fatto *comportavano un coperto vassallaggio* (2). Allorchè i Romani vincitori riduceano i regni debellati in forma di province, e mercè la bellica occupazione invadeano le terre dei soggiogati; spesso le restituivano ai vinti in perpetua locazione col peso di una prestazione annuale o in danajo o in derrate, e questi terreni furono addimandati *vectigales* che possono a buon dritto paragonarsi ai *censitici* della ricorsa barbarie. Non solo le province aveano i loro patroni in Roma, m' anche le città alleate, le colonie, e i municipi (3). Sparta non ostante l'ardimentosa impresa di Licurgo che ripartì in 30 mila porzioni uguali il terreno della Laconia; Sparta ove chi era libero, lo era eminentemente, seguiva la condizione dei tempi e 'l corso di sua civiltà, serbando la distinzione di domini e censuari. Costoro detti *iloti* non altrimenti partecipi delle aure Laconiche se non perchè venivano astretti a coltivare i campi, e risentir tutta

(1) Storia del dritto romano nel medio evo, cap. III e IV.

(2) Micali, Storia degli antichi popoli Italiani, cap. XXI.

(3) Rosinus, Antiquit. Roman., lib. 10, cap. 24. — Abbat. Damadeni Tabulae Canusinae Explicatio, cap. 21.

quanta era la sospetta ferocia degli Spartani, doveano a costoro la parte migliore de' frutti (1).

§. 124. Dal detto finora si scorge chiaramente che le prestazioni *ectamore* degli Ateniesi (2) i *vectigalia* (3) dei Romani, ed i censi dei mezzi tempi son posteriori di origine ai canoni enfiteutici (4). Quando ci dicono i giureconsulti, e pubblicisti che dal seno degli *agri vectigales* romani derivò la natura e lo spirito dell' enfiteusi, contratto che l' Imperador Zenone scaverò dagli altri convegni, largendogli esistenza indipendente dalla vendita e locazione: mal conobbero il corso delle leggi che dopo la violenta asprezza del dominio quiritario, mitigata negli *agri vectigales*; poscia reintegrarono con forme più precise una vecchia spezie di convenzione resa necessaria dalla desolazione dei campi, dalla indolenza dei proprietari, e dalle orde innumerevoli dei barbari i quali si erano insinuati in tutte le parti dell' Impero o coll' ostilità della conquista, o nel sembiante di sudditi e di amici. Niuno ignora quanta potestà ed influenza spiegassero i barbarici istituti a' tempi dell' Imperadore Zenone. Regnando in Costantinopoli Leone ed Antemio, varî popoli settentrionali, coll' assenso degli Autocrati Bizantini possedevano molte terre dell' impero orientale, e spesso guerreggiavano sotto le bandiere greche, talchè più costumanze di queste nazioni di dominio forte gettarono radici profonde nelle regioni dell' impero. Costumanza barbarica di cui fa cenno anche Cesare

(1) Plutarchus in vita Lycurgi. — Mazocchi deriva la voce *ilota* da *αλωμαι*, prendere, perchè resi prigionieri dagli Spartani furono sommessi a perpetua soggezione. — Tabul. Heraclenses, vol. 1, pag. 89, n. 35. Edit. Neapol.

(2) Plutarch. in vit. Solonis.

(3) Sull' *ager vectigalis*, veggasi Savigny. — Del possesso. Sez. 1, §. 9, n. 5.

(4) Il dominio *quiritario* dei Romani non era che il *diretto* dei mezzi tempi, il dominio civile ed eminente. Il *bonitario* poi non era che il dominio *utile*.

nella guerra dei Galli, è questa di rifuggire sotto la fede di un forte, la cui potenza proteggesse i rifuggiti da ogni oppressione. Frequenti, e luminosi esempi se ne trovano nei poemi di Omero e di altri Greci scrittori (1). Nell'epoca del feudalismo Europeo non solo gli omicidi, ma eziandio gli altri rei di atroci e nefandissimi delitti, trovavano asilo sicuro nei castelli dei baroni. Costumanza parimenti barbarica è di sottomettere alla discrezione dei potenti la persona propria ed i beni. Leone ed Autemio si sforzarono di raffrenar colle leggi (2) siffatta licenza fulminando pene contro i rifuggiti e i loro proteggitori, ma ogni sforzo fu vano. L'oligarchia novella boreale avea già manomesso il popolo. Giustiniano che si era studiato distruggere il crollante sistema del dominio forte romano non avvisò la sua restaurazione mercè il dominio forte settentrionale, che avea penetrato le più belle provincie del Romano impero. Federico II. Imperatore di Germania e Re di Napoli con una celebre costituzione (3) altamente dannò la consuetudine dei deboli di ricoverarsi sotto la protezione dei forti, loro sottomettendo le persone ed i beni. Vana costituzione in tempi perigliosi di privata licenza, ed in paesi ove l'autorità baronale avev'assorbita e quasi distrutta la pubblica, ed ove per la prepotenza di regoli vicini ed audaci si disperava del soccorso e della vendetta di Re lontani e spesso deboli.

§. 125. Non conviene passar sotto silenzio l'*accomandigia* che il più delle volte avveniva donandosi fintamente dai laici all'altare per involare i beni così donati dalla invasione dei potenti e dai tristi effetti sì delle pubbliche che delle private violenze;

(1) Hom. Odyss. lib. I, vs. 400 — lib. III, vs. 367. — Eurip. Orest. vs. 510.

(2) Leg. I et 2, C. ut nemo ad suum patrocinium suscipiat rusticos vel vicos eorum.

(3) De hominibus demanii affidatis non retinendis.

imperciocchè la potestà sacerdotale nella barbarie dei popoli è il più poderoso baluardo contro la effettazione e la licenza; e l'onnipotente irresistibile voce della religione è la prima favella sociale che in animi altieri e feroci genera terrore ed ubbidienza. Cessato il pericolo, i beni donati concedevansi dalla potestà chiesastica in feudo o in altra spezie di dominio utile al donante, cui correva l'obbligo di prestare l'omaggio, o un tenue censo annuale alla chiesa. Ciò che prima eseguivasi per evitare la perdita del patrimonio, poscia si eseguì per frodare i dazi prediali (1).

Principi valorosi e trionfanti che non avevano bisogno di proteggimento umano, ebbero ricorso al celeste, e gravarono di censo ricchi, e spaziosi campi a pro de' Santuari. Ranimiro Re delle Spagne, glorioso vincitore dei Saraceni, Carlo Magno Imperadore, ed altri Principi sommisero a censo terreni immensurabili, vasti edifizi e bestiame a pro della chiesa (2). Molti scrittori ci narrarono la storia delle decime presso i popoli antichi, di modo che reputiamo superfluo l'intertenerci su questa materia (3).

(1) Poggi. Saggio di un trattato teorico pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e giurisprudenza della Toscana tom. 1. pag. 134.

(2) Tra tanti diplomi che potrei quì citare piacemi riferir quello di Ruggiero Conte di Calabria e di Puglia riguardante la fondazione della Chiesa Vescovile di Mileto dell'anno 1086 scritto in greco, ove il detto Ruggiero dona alla prefata chiesa l'intera decima (*σάμην τὴν δεκάτην*) su tutti gl'immobili frutti ed animali esistenti nella eparchia—Capialbi, Memorie per servire alla storia delle Chiese Militesi p. 131.

(3) Presso gli Arabi, gli Egizi, i Greci, i Romani, e tutti gli altri popoli dell'antichità—Corvin. de Benefic. Eccles. lib. 1. tit. 1. lib. VII. tit. 6.—Leggiamo presso Dionigi di Alicarnasso (Antiq. lib. 1. cap. 23) che gli antichi popoli d'Italia offerivano alle divinità le decime di tutt' i prodotti *δεκάτας τῶν προσγενησομένων ἀναγών*—Un' antico Scoliaista di Omero ci assicura che fin dai tempi più rimoti di Grecia si assegnarono molti poderi detti *τεμενη* al pubblico culto. Ad Iliad. lib. II. vs. 696.

§. 126. Da una metamorfosi del mutuo, al dir degli Storici, surse il dritto di molti ricchi Ateniesi sulla sesta parte dei frutti percepiti dai campi dei loro debitori (1). Ma io credo esser avvenuto in Atene ciò che successe appo noi nei mezzi tempi, cioè che nacque primamente il censo *riservativo*, e poscia il mutuo trasformato in censo detto *consegnativo*. Grand'è la licenza e la intolleranza delle usure nei tempi del dominio forte (2). Solone dovè adoperar non poco per calmare colla estinzione dei debiti (*sisach-tia*) (*σισαχθία*) le furiose concitazioni del popolo. Roma fin dai suoi tempi più rimoti, fu spesso per la ingordigia e la efferatezza dei creditori vicina a precipitarsi negli abissi della rivoluzione. Nei mezzi tempi leggi tremende si scrissero contro gli usurai e i nobili prepotenti, e le più volte indarno. Nello stato di uguale oppressione dei deboli e di licenza dei ricchi, in Roma e in Atene si ricorse ai tram-busti, ed ai pugnali. Epoche funeste in cui si re-puta gloria il bagnarsi di sangue cittadino! Spetta-colo atroce ne offerse la rivoluzione francese del se-colo già tramontato (3).

§. 127. Erasi mutato lo spirito che informava la vecchia legislazione. Le antiche leggi tendevano al concentramento dei beni nelle famiglie, perciò fu-

(1) Detti perciò *εὐτροποῖ*. Plutarch. in Solon.—Eran simili a coloro che si dicono *μωροὶ* nelle leggi rustiche che si leggono in Armenopulo.

(2) Niccolò V col promulgare la sua bolla nel 1451 riguar-do i censì consegnativi: ed Alfonso I coll' adottarla nel nostro reame non fecero che dar consistenza legislativa all'uso ante-cedentemente introdotto di comperar le annue entrate, compra che dissero in Sicilia *soggiogazione*.

(3) Thiers. Storia della rivoluzione Francese.

Wiest in un'opera recente — *Sur la suppression des dîmes, redevances féodales, corvées* ecc. fortemente si scaglia contro siffatte prestazioni, ed esorta i godenti delle stesse a sopprimere queste reliquie dell' antica barbarie, e comporre le cose all' a-michevole se amano evitare in Germania il destino ch' ebbero i loro colleghi di Francia nel 1789. Ulm. 1833.

rono i campi in mille modi vincolati ; il benessere della moltitudine dovea cedere all'alto splendore di poch'individui : i fedecommissi ed i censi inceppavano la libertà delle terre. Le leggi nuove provocate d'altri bisogni , mirarono a distruggere o modificare le istituzioni secolari del medio-evo , e stabilirono altro ordine di cose , scompartendo al maggior numero possibile immense proprietà e proteggendo le franchigie dei fondi , la maggior estensione del commercio e gli slanci della industria.

Ciò premesso si spiega il perchè i censi antichi immobili ed irredimibili di loro natura (purchè non si fosse largita con patto espresso la facoltà di redimerli), suscettibili d'ipoteca perchè rappresentavano fondi , colle due leggi l'una dei 29 dicembre 1790 e l'altra dei 20 agosto 1792 mutarono la indole natia e si trasformarono in cose puramente mobili bisognevoli d'iscrizione per conservarsi. Siffatta metamorfosi legislativa si ritenne nell'art. 530 del Codice Francese, ove con parole generali si rafferma il principio , che qualunque rendita perpetua sia mobile ed essenzialmente redemibile.

Presso noi abolita la feudalità con legge dei 2 agosto 1806 , si venne poscia col decreto dei 20 giugno 1808 a dichiarare perpetuamente redemibili e commutabili a petizione de' contribuenti tutte le prestazioni già feudali di qualunque natura o di qualunque specie state fossero. Coll'art. 12 della prefata legge del 1806 il legislatore avea promesso di render redimibili le rendite feudali pel bene dell'agricoltura. Col decreto del 1808 non solamente disciolse la promessa per la redimibilità , ma volle ancora che tali rendite fossero commutabili in danajo , comune denominatore delle cose , mercè uno estimo giusto e legale.

Il decreto dei 17 gennajo 1810 mise in atto il precedente del 1808. In esso fu regolata la commutazione e la ricompera delle rendite , e tal beneficio

venn' esteso a tutte le rendite anche burgensatiche di qualunque natura fossero, dipendenti da contratto sia gratuito sia oneroso. In questa general categoria di rendite venne anche compreso il canone enfiteutico, dichiarandosi però che non ostante la redimibilità e commutabilità del medesimo, rimaneano in vigore, riguardo alla devoluzione, la natura e le leggi di tali contratti e che per enfiteutiche doveano ritenersi soltanto quelle prestazioni che sorgessero da pubbliche scritture, esclusa ogni altra prova di equipollenza (1).

§. 128. L'enfiteusi era stata nella legislazione Francese rilegata nella categoria generale delle rendite perpetue, e quindi degradata a semplice diritto mobiliare, lungi dall'esser capace d'ipoteca, aveva ella medesima bisogno d'iscrizione per esser preferita nel conflitto cogli altri creditori (2).

Da tale degradazione venne a rilevarla il legislatore Napolitano, dandole vita novella (3). Se costui non tolse al domino diretto il *jus protomiseas*, ossia di prelazione, lo rese almeno più sopportevole quando l'ampliò a beneficio dell'enfiteuta, talchè ciò

(1) Mutata in tal modo la natura dei censi, fu ben dichiarato coi reali rescritti del 17 febbrajo, e 17 agosto 1838, essendosi elevati de' dubbi intorno la intelligenza dell' art. 2169. LL. CC. che la rinnovazione era inutile pei titoli enfiteutici, giacchè a prescrivere per l'articolo 2135 dette leggi, si esige il possesso a titolo di proprietà il quale manca all'enfiteuta. Pei censi riservativi poi richiedesi la rinnovazione, perchè il possessore del fondo soggetto a tali prestazioni lo tiene a titolo di proprietà e per conseguente la correlativa annua prestazione debbesi per tutto altro, che per ricognizione del dominio altrui. — Qual verità con tali parole avea Vinnio espressa. — *Simillimus contractui emphyteutico est censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum et directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutae in recognitionem domini in re aliena, sed de re nostra, et ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet.* Inst. l. 3. de Loc. et cond.

(2) Grenier. Trattato delle ipoteche §. 143.

(3) Art. 454. LL. CC. V. ancora il tit. IX del lib. III.

ch'era esclusivo del concedente divenne comune al concessionario (1). E ciò non fu di lieve momento per porre allo stesso livello le condizioni dei due domini del fondo medesimo, e per cancellare questa orma di superiorità dell' uno verso l' altro.

Ora è tempo di proclamar la redemibilità dei canoni enfiteutici. Se vuolsi rispettare la ruvid' antichità, se vuolsi che i terreni i quali da Dio furon concessi liberi rimangano ancora servi, non si vieti almeno che l' operosità e la industria cancellino coi loro sudori le macchie dell' antico servaggio. Tutto lice sperare dalla provvidenza dell' ottimo Principe (2).

(1) Art. 1701. LL. CC.

(2) Si è più volte così nell' antica che nella recente legislazione Napolitana, e presso quasi tutt' i commentatori del gius Romano, e scrittori forensi, agitata la quistione se la vendita fatta da uno erede dell' enfiteuta della frazione del fondo spettagli, senza aver prima interrogato il domino diretto, traesse seco la devoluzione della sola quota venduta, o pure dell' intero immobile soggetto all' enfiteusi.

Non perchè il canone sia indivisibile, deve inferirsi che sia indivisibile anche la pena. Tutti gli eredi di un medesimo enfiteuta sono tenuti indivisibilmente e solidalmente a soddisfare il canone, ma non tutt' incorrono in *commisum* per fallo di alcun dei coeredi, il quale alieni la sua porzione. Nel giusto castigo degl' infrattori non devesi avvolgere il destino degl' innocenti. È massima di eterna ragione che *nox sequitur caput*. È nella indole stessa della pena, e ne' principi di umanità ch' essa debba colpire i soli rei, e svegliar timore in coloro che potevano errare, ma non hanno errato: altrimenti sarebbe una formola fattizia di una forza brutale ed inconsiderata; ma ciò non vuolsi dal legislatore. Ei richiede che si concili la garentigia della *proprietà* coll' adempimento dell' *obbligazione*. Or questo problema è disciolto, secondo la mente di lui, qualora rimanendo il canone indivisibile per ciò che concerne l' *obbligazione*, si divida per ciò che riguarda la *pena*. Il fatto dell' alienazione è *dividuo*, imperciocchè il fondo enfiteutico *divisionem recipit*. Ciascun coerede può chiedere la divisione, nè può esser costretto a rimanere in comunione, sorgente inesaurita di litigi. l. 4. §. 1. ff. de V. O.—l. 25. §. 12. ff. fam. hercisc.—Nè giova addurre in contrario la l. 7. ff. com. divid. con cui si

§. 129. Non contento il Governo militare di aver eseguito le riforme, di cui si è favellato nel §. 127. volle ancora condonare una frazione di canoui e di altre rendite, permettendo all'enfiteuta di ritenere la quinta parte del canone, ai debitori di altre annualità di ritenere il 10 per 100, ed ai debitori di vitalizi il 5 per 100 (1). Impresa audace fu questa la quale conteneva una spezie di legge agraria secondo la diffinizione che ne dà Cicerone. Agide Re di Sparta eseguì una intrapresa molto più ardita, quando fece brugiare nel loro tutte le scritture di credito dei privati. Agesilao confessa ch'ei non vide mai fuoco più bello, ma la storia ci assicura quanto questo fuoco costò caro ad Agide (2). Tali operazioni non possono consumarsi senza grandi ingiustizie e grandi pericoli.

dichiara doversi il giudice astenere dal dividere il fondo enfiteutico in *regiones*. È questo un consiglio, non un precetto; *magis autem debet*, sono le parole della legge, e come bene osserva il Brunemann—*Si aliter fieri non possit, tunc dividendum*.

In sostegno delle prefate osservazioni, giova trascrivere un responso di Papiniano, il quale proposto il caso che uno dei coeredi distragga una porzione dell'*agro vectigale*, giudicò che la sola frazione alienata cada in *commisum*—*Sed si unus ex pluribus haeredibus rem communem causa vectigalis subripiat, portiones caeteris non auferuntur*. l. 8. ff. de public. Ognun sa che l'enfiteusi era una spezie degli *agri vectigali*, per cui nel Digesto sotto il medesimo titolo si favella dell'*agro vectigale* e dell'*enfiteutico*.

(1) Leg. degli 8 novembre 1806—Decreto dei 10 giugno 1808.

Con decreto dei 6 ottobre 1814 fu detto nell'art. 1. che i censi perpetui, i censi enfiteutici, tutti generalmente i censi dovuti in contante al demanio diretto dello stato, alla cassa di Ammortizzazione ed al banco e che sono al di sotto di grana 50 lordi vengono rilasciati e condonati. Misura commendevole, che ruppe il filo d'infinte vessazioni per somme assai modiche le quali per lo più si doveano da gente infelicissima.

(2) Plutarch. in Agid. Gli Spartani chiamavano *claria* le singrafe, ossia le scritture di credito.

CAPITOLO VI.

DELL' ACCESSIONE.

- § 130. Imperfezione delle leggi Romane circa l'accessione mobiliare.—Principio che la regolava.
§. 131. Teorie diverse dei Sabiniani e dei Proculiani.—Legislazione Giustiniana e suoi difetti.
§. 132. Progressi dell'Economia sociale.—Pensieri di Smith.—Legislazione Francese.
§. 133. Si dimostra che i popoli poco culti guardano sempre il fenomeno più ovvio che quello più immediato alla realtà.—Esempio.—Albero sito nel confine.—Legislazione Romana e Germanica.—Opposti pareri dei giureconsulti di Roma.

§. 130. Quando le menti rozze non gustano ancora il bello delle arti, e gli slanci della industria, pochi bisogni vi ha da soddisfare, ed in brevissimi confini è ristretto il commercio. Allora il pregio della cosa è più nel volume che nell'artificio: di qui deriva che nell'accessione la cosa di minor volume cede a quella, che ne abbia maggiore. Se si unisce l'altrui porpora alla propria veste, sebbene la porpora sia di prezzo maggiore, nondimeno *vi accessionis* cede alla veste (1).

§. 131. Ov'era conflitto non tra cosa e cosa, ma tra cosa e manifattura della stessa, la forma doveva cedere alla materia. Niuno ignora le due celebri sette di giureconsulti Romani, l'una delle quali composta dei Sabiniani tenace in ciò dell'antica legislazione tutto faceva cedere alla materia tra perchè senza materia non può formarsi specie alcuna, e perchè ripugna all'equità che altri senza nostro fallo s'impadronisca di ciò che ci appartiene. L'altra com-

(1) *Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui surripuit, habet furti actionem et condictioem; sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res licet vindicari non possint, condicti tamen a furibus, et quibusque aliis possessoribus possunt.* Inst. de Rer. divis. ec. §. 26.

posta dai Proculejani troppo favoreggiando il raffinamento delle arti e industrie pose in campo un altro principio proprio solamente della forte convenzione, cioè che siccome la forma *dat esse rei*, così faceva di mestieri che continuamente predominasse. Nell'impero del forte dominio le impressioni prodotte sull'*io* dagli oggetti esterni favellano molto ai sensi, assai poco alla ragione. Nell'impero della forte convenzione, le stesse favellano più alla ragione che ai sensi. Quindi nel primo stadio l'uomo giudica più dal volume comunque sia grezzo, che dalla picciolezza della materia comunque raffinata e perfetta. La guisa onde si volle conciliare la difformità delle prefate opinioni dai giureconsulti romani *erciscundi* è fallacissima (1). Dessa è « Se la nuova specie può ritornare alla prima e rozza materia, allora spetta al domino della medesima; se non può, allora appartiene allo *specificante*. » Dunque un vaso anche di bronzo, su cui il bulino ha creato nuovi prodigi, quantunque bellissimo per l'egregia manifattura che sorvanza di molto la rozza materia perchè può ritornare allo stato primiero, appartenenti al domino della materia. L'olio estratto dagli olivi altrui perchè non può tornare alla prima sua condizione appartenenti a colui che ha dato forma novella all'olivo. Anche i novizi di agronomia ben sanno, che messa in confronto la preziosità degli ulivi, e'l facilissimo lavoro per estrarne olio, il padrone della materia dovrebbe essere preferito. Chi non iscorge dai prefati esempi addotti dallo stesso Giustiniano che le creazioni divine di Fidia si posposero ai miserevoli lavori del più sudicio ed inesperto fattojano? Unica eccezione stabilisce Giustiniano a pro della pittura, imperciocchè sarebbe ridicolo, son sue parole, che la pittura di Apelle o di Parrasio ceda a una vilis-

(1) *Et post multam Sabinianorum, et Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium* ecc. Inst. ib. §. 25.

sima materia (1). Perchè non milita la stessa ragione a pro della scultura, e delle altre sue sorelle, arti ugualmente pregevoli e belle? E non è forse più ridicolo, che un brano di sublime o commovente poesia, di forte e calda eloquenza, o il parto di acri e solenni meditazioni ceda a una vilissima carta (2)? Chi legge la storia delle civili sanzioni nei costumi dei popoli non troverà meraviglia di questa conciliazione stranissima. Il giogo del forte dominio non era più tollerabile, bisognava dare qualche cosa alle arti. Si scelse questa via di mezzo: nella collisione del dominio colle arti di lusso, la materia vinse le arti: nella collisione dello stesso colle arti più necessarie, cioè quelle che immediatamente diriggoni a soddisfare i primi bisogni umani, le arti vinsero la materia. Era tanto scolpito in petto dei degeneri nipoti dei Cincinnati, e dei Fabbri l'amore dell'agricoltura, e l'odio del lusso (3)!! Non era più semplice e giusto il determinare la preferen-

(1) *Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere* (ib. §. 34).

(2) I Romani rimasero molto addietro in materia di accessione e siam lungi di attribuire su questo punto alla loro legislazione quella perfettibilità, che gli concede il nostro amico, ed egregio scrittore Domenico Capatelli, il quale si avvisa che la legislazione Romana percorse tre stadi in quanto all'accessione industriale mobiliare. 1. Quello della ruvidezza dell'intelletto, in cui si ebbero in mira la *quantità* e l'*valore*. 2. Quello dei sensi più ingentiliti, quando valgono di guida la *forma* e l'*ornato*. 3. Quello de' giureconsulti *mediae sententiae*, vale a dire della maggior considerazione per lo dritto di proprietà. Sebbene non possiamo adottare molte sue idee, nondimeno è forza confessare, che il suo lavoro. — *Comento ideologico-storico-pratico delle leggi relative all'accessione industriale mobiliare* — sia il più perfetto tra quanti ne sono usciti finora alla luce.

(3) *Rusticorum mascula militum
Proles, Sabellis docta ligonibus
Versare glebas, et severae
Matris ad arbitrium, recisos
Portare fustes.*

Horat. Od. III. 6.

za della materia sulla forma, o di questa su quella dalla preferenza del valore?

§. 132. Le teorie Romane sull'accessione spiegano molta influenza nei mezzi tempi sulle legislazioni dei popoli Europei. Ma quando il lavoro dell'uomo fu rialzato alla sua natural dignità; poi che le arti e le industrie ebbero prodotto altra generazione d'idee, e suscitato novelli bisogni; poi che Smith, questo assennato legislatore dell'Economia sociale ebbe rivelato le fonti delle pubbliche e private ricchezze, e proclamato il *lavoro* dell'uomo come *fondamento*, e *misura comune* dei valori; poi che meglio si conobbero i fenomeni generativi della produzione, e gli slanci delle industrie; divenne necessità il ricorrere a principj novelli. Non disconobbe questi bisogni generali il Codice Francese il quale fu discusso e pubblicato, quando già le arti avean progredito, il commercio avea distese le sue conquiste in regioni fin' allora inudite, e gli scritti di Smith e di altri valorosi Economisti percorreano l'Europa in aria vincitrice, messaggieri di novelle idee, e forrieri di più lieti giorni. Nelle accessioni mobiliari il *valore* ebbe la palma; nella parità di valore delle cose congiunte, il *volume* determinò la precedenza. Se della materia altrui si formi una specie novella, sia che la materia possa, sia che non possa riprender l'antica forma, il proprietario ha il dritto di reclamar la cosa che se n'è formata, sborsando il prezzo del lavoro. Se poi questo sorpassi molto il valore della materia impiegata, il lavoratore ha il diritto di ritenere la cosa, sborsando al proprietario il prezzo della materia. Ecco come il legislatore Francese si asside arbitro tra la proprietà e la industria, e mentre rende un'omaggio al dominio, garentisce nel tempo medesimo gli utili sforzi della umana attività, e ne concilia gli opposti interessi. Protezione del la-

(1) Art. 566 a 571. Cod. civ.

voro utile dell'uomo senza offesa della proprietà fu il problema ch'ei si propose sciogliere, e la cui soluzione ci sembra felice, giusta ed umanitaria.

§. 33. Noi sostenghiamo che nelle primitive legislazioni dei popoli si riguardi il fenomeno più ovvio e visibile, e non già quello che sia più difficile alla intelligenza, benchè più immediato alla realtà. Di questa verità potremo addurre molti esempi, ma per la brevità ci arrestiamo ad un solo. Si è disputato se dalle radici ovvero dai rami e dal tronco debbasi determinare il dominio dell'albero sito ai confini di due campi. Eneccio ed altri scrittori pretendono che le nazioni di origine Germanica determinassero siffatta quistione dai *rami*, e non dalle radici, e viceversa i Romani. Noi risponderemo colla fiaccola del nostro principio che bisogna distinguere l'antica dalla media e dalla nuova legislazione Romana, e fissar l'epoca precisa dei giureconsulti Pomponio, e Gajo, il primo dei quali si rinviene aver professata la stessa dottrina dei popoli Germanici, i quali concedeano al proprietario, nel cui fondo pendono i rami dell'albero appartenente al vicino, il raccogliere i frutti dai rami pendenti. Gajo e Giustiniano dichiarano che non dal tronco, ma dalla *radice* debba determinarsi il dominio delle piante, imperciocchè quasi tutto il nutrimento e succo vitale lo traggono dalle radici. Chiunque è proprietario del suolo ove le radici si distendono, è proprietario anche dell'albero, e se le radici si prolungano nel fondo del vicino, costui ha il condominio dell'albero (1). Pomponio vivea sotto Adriano (2) e perciò più vicino all'antica legislazione, ne ritraeva le idee nei suoi scritti, non ostante la fervenza e la fluttuazione delle antiche sette dei giureconsulti, che avevano in quei tempi scissa la giurisprudenza. Gajo che visse

(1) L. 6. ff. Arbor. furt. caes. lib. 20 ad Sabinum — Instit. de A. R. D. §. 31. — L. 7. ff. de A. R. D.

(2) Gravina. De Ort. et progress. Iuris. Civ. §. 91.

sotto gli Antonini (1) rinvenne men poderosa l'antica legislazione, e più caldeggiare le idee novelle d'intellettuale progredimento. Ecco la origine della diversità nella opinione dei due giureconsulti, che indarno volle conciliare la turba innumerevole dei giureconsulti, e dei chiosatori (2). Nelle moderne legislazioni siffatta controversia dovrebbe decidersi col principio di Gajo, e di Giustiniano, e non già con quello di Pomponio e delle antiche nazioni del Nord.

CAPITOLO V.

DELLA PRESCRIZIONE.

- §. 134. Come sulla intuizione pura del tempo Kant costruisse i fondamenti di una novella filosofia.
- §. 135. Influenza del tempo sulla vita l'esercizio e la custodia dei dritti umani.
- §. 136. Sentenze dei filosofi e dei giureconsulti sulla importanza civile del tempo nella idea della prescrizione.
- §. 137. Origine vera ed indole della prescrizione.
- §. 138. Questa metamorfosi subbiettiva si poggia su due dati, operosità del nuovo domino, indolenza dell'antico.
- §. 139. Si chiede il perchè le prescrizioni dei primi popoli si fossero compiute in breve periodo di tempo.
- §. 140. Cenno storico delle prescrizioni.
- §. 141. Come le lunghe prescrizioni vengano in soccorso del dominio affievolito.
- §. 142. Le teorie Romane sulla prescrizione richiamate in vigore nei mezzi tempi norquero al progredimento della civiltà.
- §. 143. Raccapitolazione del detto finora. — Norme da osservarsi nel sistema delle prescrizioni.

§. 134. Allorchè Kant insigne filosofo di Koenisberg veniva scosso per la lettura delle opere di Hume dal suo sogno dommatico, e facendosi capo di una scuola novella detta *critica e trascendentale* rovesciava dai fondamenti il sensualismo; cercò nella intuizio-

(1) Gravina ib. §. 83.

(2) *Multarum legum dissidium sola temporum ratione recte animadversa componitur.* Gravina. ib.

ne pura del tempo, ch'ei proclamò idea necessaria ed a priori il principio del grande lavoro che doveva mutare i destini filosofici di Europa. Ei riconobbe le *visioni pure* della sensibilità, tempo e spazio indefinito; egli stabilì i *modi* o *leggi della intelligenza* che divise in *categorie*, suddivise in *momenti*; ei colla forza dell'*apparcezione* pura ed originaria e della *fantasia produttiva* rinvenne nell'alleanza delle visioni della sensibilità coi modi della intelligenza lo *schematismo*, cioè gli archetipi, monogrammi ossia tipi primitivi, i quali determinati più particolarmente nel tempo e nello spazio divengono *immagini*, e rapportati alle sensazioni divengono *fenomeni*. Ei nella idea del tempo ordì tutta la tela del pensiero umano, costruì il libro della natura, spiegò la trasformazione delle sensazioni in conoscenze, e sciolse il problema come si può determinare a priori la possibilità dell'esperienza. Grandi concettimenti di uno ingegno sublime nato a ritrarre lo spirito umano mercè una forte rivoluzione dall'ateismo e dal materialismo della filosofia sensualista alle pure regioni della intelligenza, ed alle speranze religiose della umanità. Egli è vero che l'arduo sentiero delle sue meditazioni talora è ingombro di nebbie, e complicato di errori; ma spesso le originali traviazioni di una mente creatrice sono foriere di novelle verità, e riescono più feconde e più vantaggiose delle anguste e trepidanti vedute degli uomini volgari.

§. 135. Ciò che avviene in filosofia, succede nella società la quale non è che la *più ampia comunione delle utilità*, non essendo la giustizia, come ben la diffinì il nostro Vico che *forza del vero la quale dirige e misura le utilità*. Ma questa direzione e misura avviene nel tempo e nello spazio: queste due idee son le forme naturali e sociali della vita dell'esercizio e della custodia de' dritti umani. Poi che i dritti son creati, e determinati nello spazio han

bisogno di una manifestazione esteriore. I dritti sul di fuori di noi si conservano mercè una espansione del *nosse velle e posse* del *me* sugli oggetti esterni giustificata dalla umana natura, e riconosciuta dalla potestà civile. Fa d'uopo che siffatta espansione sia rivelata al di fuori: ove ciò non si faccia per lungo periodo di tempo; ove le nostre facoltà giacciono in profondo letargo; invano si ritorna a viete memorie per dissepellire dritti già spenti. Sorge a suo danno la regina delle presunzioni cioè la prescrizione. Egli ha già abbandonato ciò da cui ritirava il raggio della propria potenza: egl' invano interroga rimembrauze che il tempo nel suo rapido movimento coverse di oblio. Solo

Nell'aria senza tempo tinta

per servirmi della forte immagine dell' Alighieri, non è movimento perchè tutto è eterno.

§. 136. Molti filosofi e giureconsulti si adoperarono con assai parole a dimostrar l' origine giuridica, la giustizia e la necessità della prescrizione. Taluni sostennero che il tempo pura intuizione del nostro spirito, concetto ideale utile a distribuire e coordinare i nostri pensamenti in epoche determinate, non largisce dritti, nè può toglierli. I giureconsulti romani dell' era più culta di giurisprudenza, e l' nostro Vico proclamarono la sana teoria che il tempo non è guida di costituire o disvestire dritti; e giustamente Troplong (1) altamente loda l'acutezza del filosofo Napolitano, dichiara erronea la dottrina di Domat, e chiama eretica la idea del codice francese che la prescrizione sia mezzo di acquistar dritti, o togliersi da un' obbligo mercè il decorrimento del tempo. Altri basano la prescrizione sulla idea del tempo che per sè nulla può (*vim nullam effectricem habet*).

(1) *De la prescription* §. 1 a 24.

Da Grozio fino ad Ahrens ricorsero sempre le stesse difficoltà, e queste presso che ricevettero una similante soluzione.

§. 137. Ma s'egli è vero, che tutto nel tempo si generi e si compia; questo però non è causa di dritti; imperciocchè nè dall'antichità degli anni nè da forza estranea possono alterarsi o distruggersi i dritti dell'uomo, i quali derivano dalla sua stessa natura, e sono a lei fortemente annodati come i suoi medesimi bisogni. Potremo quindi conchiudere che la prescrizione non sia giusta, ch'essa sia un'empio presidio, come diceala un' imperador Romano in un impeto di malintesa divozione? Non neghiamo che dietro le premesse sopra esposte molti corsero precipitosamente a siffatta illazione tra i quali ultimamente Ahrens, e disperando rinvenir la giustizia della prescrizione nei dettami del gius naturale, ebbero ricorso ad argomenti per *assurdo*, ed all'ancora delle leggi positive. Egli è vero che l'uomo è *scopo* e *fine* a sè medesimo, ch'egli è *persona*, ch'egli è circondato da bisogni, stretto da obblighi, rivestito di dritti; che per effetto di sua natura stende lo scettro su ciò che non è persona, su ciò che debb'essere *mezzo* e *condizione* al suo destino razionale, e su cui imprime per così dire il *suggello* della sua *attività*. Ma quando una persona ritrae da un'oggetto la forza del suo essere, ed altri se ne investe, vi s'*immedesima* per così dire, l'appropria ai suoi bisogni, lo destina alle sue utilità, ed esegue ciò di buona fede, e lungamente; mentre l'antica persona sta inerte e muta: non havvi ingiustizia se nell'acquiescenza ossia nel tacito consenso del primo proprietario, e nell'operosa e lunga attività del secondo; l'uomo antico si cancella, e l'uomo nuovo si fortifica e *garantisce*.

§. 138. Si è detto che la proprietà sia un dritto. Essa non è che l'*effettuazione* e l'*espansione* di un dritto conveniente ai propri bisogni. Ove l'espansione

sione cessa, sorge la presunzione che il bisogno sia cessato. Ove la presunzione lungamente persista, e vesta per così dire il carattere di certezza, diviene ingiusto il render la vita agli antichi bisogni inerti e silenziosi in pregiudizio dei presenti vivi ed industri. Il senso comune degli uomini, questo faro luminoso delle umane conoscenze, non poggia che su presunzioni. Sia che la proprietà abbia *causa* dall'umana natura, *occasione* dagli atti speciali della vita umana, *ricognizione*, *modificazione* e *garentigia* dalle leggi, come altrove da noi fu detto; sia che sorge dall'*occupazione*, come assunsero i giureconsulti romani; sia che derivi dalla *specificazione* ossia trasformazione della cosa, siccome molti pubblicisti sostennero; sia che nasca dalla *legge*, come dissero Montesquieu Bentham ed altri; sia che provenga dalla *convenzione*, come si avvisano Kant e non pochi altri scrittori Alemanni: egli è fuor di dubbio che la trasformazione della cosa ai propri bisogni laddove vizio non concorra, come avverte il citato filosofo di Koenisberg, *prepari* la proprietà, e che il mutuo consenso sia tacito sia espresso la *consolidi* e la *diffinisca*.

§. 139. Ma quale influenza ebbe la prescrizione sul destino della umanità? Ecco l'ardua quistione che noi riputiamo nuova, e preghiamo il leggitore a meditare le nostre idee tenendo presente la storia dei popoli.

Nel dominio forte è fissa nell'animo sì potentemente la idea di materiale apprensione e ritenzione delle cose occupate, che diviene troppo malagevole l'astrarre il mero dritto dominicale dalla fisica espansione della forza umana, e sembra inconcepibile il conservar collo spirito ciò che materialmente si è perduto. Di qui sorge la necessità legale della continuità della possessione per ritenere il dominio, necessità che appare luminosa in molte leggi antichissime. Nella natura cosmologica quando l'azione supera la resistenza di un corpo elastico, rimane in

questo un oscillamento, che diremo *convulsione* nella natura animale, per tornar colla reazione allo stato primiero. La *vindicazione* eco della potenza dominicale contro l'usurpamento è anche una reazione, e questa debb'esser veloce per operar con gagliardia e con successo.

§. 140. Vegnendo all'applicazione di questo principio noi troviamo ristrette in brevi limiti di tempo le prime prescrizioni di tutt' i popoli. Il professore Peyron sostiene colla guida dei papiri Greco-Egizi che l'usucapione in Egitto si restringeva a due o al più a tre anni (1). Per legge Decemvirale era stabilito un'anno per usucapire le cose mobili, ed un biennio le immobili. Presso gli Ateniesi anche nei tempi di loro coltura progredita, quasi tutte le azioni prescriveansi nel corso di un quinquennio (2). Le nazioni boreali che invasero il vasto imperio di Roma, e se l'partirono a brani, segnarono un termine breve per la prescrizione.

Eineccio, favellando della prescrizione per dritto Germanico, incorre in molti errori, e spesso si contraddice. Ei stabilisce come principio che la prescrizione trentenaria sia di genuino dritto Germanico, e si sforza provarlo coi capitolari dei Re Franchi, colle leggi dei Borgognoni, dei Visigoti e dei Belgi. Questi popoli conquistarono, come ognun sa, province del Romano imperio rette per molti secoli da leggi Romane, e le più vicine a Roma. Inoltre nei capitolari dei Re Franchi si ammise la prescrizione di 40 anni per le cose chiesastiche, e ciò si attinse dalle leggi romane, siccome confessa lo stesso Eineccio. Costui dovea considerare che Lubeca, Brema, Spira, Argentorato, e tante altre contrade nel seno della Germania non riconobbero che la prescrizione di un'anno e di un giorno; che a questa

(1) *Antologia di Firenze. Ottobre 1828.*

(2) *Samuel Petitus—Leges Atticae* libr. VI. tit. 6. et 7. lib. IV. tit. IV.

era simigliante la legislazione di Amburg e di Sassonia colla e centro delle istituzioni e del pensiero Germanico. Ei doveva guardare i popoli del nord rimasi nella patria di Arminio, non già i popoli del nord che usciti dal settentrione semplici grezzi e fieri, ma generosi e non corrotti, con pochissime consuetudini, e niuna legge scritta, furono facilmente inclinati ad innovazioni Romane dai chierici ch' erano ordinariamente romani, e che soli sapeano leggere in tanta ignoranza. Doveva considerare che i Normanni tra le orde boreali conquistatrici i più recenti invasori delle province Romane, aveano una brevissima prescrizione. Doveva ultimamente riguardare gli Olandesi, dei quali chi regolavasi col gius Romano avea lunghissime prescrizioni; chi reggeasi colla consuetudine avea la prescrizione di un' anno e di un giorno. Nella Baviera ai tempi dello stesso Eineccio gl' immobili comperati si prescriveano con un quinquennio tra i presenti. Debbono quindi i principj storici ch' Eineccio stabilisce rigettarsi com' erronei, e contrari alla realtà degli avvenimenti ed al corso della umanità delle nazioni (1).

Leggiamo nelle leggi dei Normanni la costoro famosa prescrizione di un' anno, di un mese, di un giorno e di un' ora, mercè la quale ogni antico domino scadeva dal possesso di qualunque oggetto usucapito, e non poteva menar lagnanza per la *disussina*, cioè per la perdita del possesso. I Normanni onde uscì la prima nostra real dinastia, trapiantarono siffatta usucapione nel nostro regno, e coloro che si avvisarono averla i Normanni ricevuta dai Franchi, mal conobbero lo spirito delle divers' epoche legislative. Federico II Svevo che l' abolì dimandandola aspra e crudel costumanza, *duram et diram consuetudinem*, e richiamando in vigore le disposizioni delle Romane leggi ch' ei disse *gius comune*;

(1) *Eineccius, Element. Iur. German. lib. 2. tit. 4.*

commise un grave fallo politico applicando precocemente a popoli rozzi e di forte dominio sanzioni più confacevoli a menti spiegate ed alle industrie già progredite. I Longobardi ebbero una generale prescrizione di cinque anni (1); e le altre prescrizioni che a questa si aggiunsero non derivano dalla natura e dal corso spontaneo di quella legislazione, ma dal confondimento dei popoli latini coi barbarici, e dal mescolio delle leggi Romane che ammetteano di quei tempi lunghissime prescrizioni colle leggi Longobarde. Di ciò avvenne che la rustichezza feroce del settentrione si asperse, come doveva naturalmente avvenire, della molle civiltà romana, e nella legislazione barbarica s'infuse intempestivamente lo spirito della Romana.

§. 141. Quando il domino forte s'infievolisce, è forza aver ricorso al presidio di una lunga prescrizione, come avvenne negli ultimi tempi della repubblica Romana, e sotto l'impero, in cui dopo la famosa lotta tra il patriziato e la plebe, il numero dei proprietari era cresciuto abbastanza; in cui i degeneri nipoti di Quirino aveano spogliato le aspre e bellicose virtù degli avi, ed il genio delle arti greche si era sposato alla potenza romana.

§. 142. Ognuno conosce l'origine, l'indole ed i confini dell'antica usucapione, e quali differenze intercedessero tra la medesima e la prescrizione. In somma l'usucapione avea luogo nelle cose *mancipi*, cioè di *gius quiritario*, di dritto ottimo dei Romani, la prescrizione poi militava nelle cose *non mancipi*, di *gius bonitario* comune a tutte le nazioni, e non di assoluta ed esclusiva pertinenza dei *quiriti*. Non poteva usucapire che il cittadino Romano, po-

(1) LL. Longobard. lib. 2. tit. 35 — I Longobardi non ebbero legge scritta in 66 anni di loro soggiorno in Italia fino a Rotari VII loro re; e reggevasi coi costumi, istituti e tradizioni dei loro maggiori—Giannone lib. IV. cap. 6.

tea prescrivere chiunque. Il gius bonitario tutto era poggiato sulla buona fede e sul pudore, come osserva Vico, quindi non accordava che vie per la difesa, non già per l'offesa, eccezioni di buona fede, non azioni: avea bisogno di essere aggredito, di esser provocato per mettersi in campo. Ma il gius quiritario accordava azioni. Bastava il possesso difinito dalla legge, perchè il possessore potesse reclamare il dominio colla famosa formola » *Ajo hunc fundum meum esse jure quiritium*. Queste differenze però che sorgeano dai privilegi esclusivi dei Romani si eclissarono a poco a poco, sino a che Giustiniano togliendo le larve ch'eran rimaste delle loro varietà, le confuse in una sola massa (1). I periodi del tempo necessario a prescrivere gradatamente si ampliarono sotto gl'Imperadori. Così dopo la prescrizione di 10 e 20 anni venne quella dei 30 anni, poscia quella dei 40, e finalmente quella dei 100 anni. Ma quando il dominio si conserva nella vigoria primeva, ei si difende di per sè. Qualvolta poi la gagliardia del dominio si affratella alla lunga prescrizione, diviene lunga debole lenta e pericolosa la lotta dei non proprietari contro i proprietari, della industria contro il dominio; s'interrompe il corso naturale della umanità legislativa, e per restaurarsi ha bisogno di scosse violente. Quindi è forza conchiudere che la legislazione romana mescolata alla barbarica non tornò sì vantaggiosa, come credesi comunemente. Non negasi con ciò che il gius romano sia spesso, come altri lo dissero, *cinosura* ed *archetipo* della giurisprudenza, e che Roma fosse stata centro della fecondia e civiltà latina, e tempio delle leggi: non convenghiamo però che tutte le romane disposizioni si potessero applicare a tutt'i tempi ed a tutti i luoghi, e si affacessero a popoli che doveano percorrere assai lungo cammino, abbattere istituzioni for-

(1) *L. unic. C. de usucap. transfer.*

tissime, e sormontare ostacoli difficilissimi per raggiungere il grado di maturità delle leggi più recenti di Roma. Senza questa mescolanza di legislazioni il feudalismo figlio primogenito del forte dominio non avrebbe messo così profonde radici; ed i popoli a lente e quas'insensibili scosse legittimate dalla prescrizione o l'avrebbero distrutto, od almeno molto raffrenato. La costituzione di Federico I. riguardo i feudi (1) che poscia si estese dai dottori a qualunque specie di regalia in vece di fortificare il sovrano potere, come si avea proposto, maggiormente lo indebolì gettando (2) le basi profonde della formidabile ed usurpatrice signoria (3) che Montesquieu paragonava a quercia antica, di cui vedea da lungi le foglie, vedeva d'avvicino il tronco, ma non iscorgeva nè potea rintracciar le radici (4). Resa forte dalla potenza, resa inviolabile dalle lunghe prescrizioni corse una epoca lunghissima, e distinta assai meglio dell'epoca oscura del feudalismo greco e romano; aggravò poderoso e spesso prepotente il suo braccio su i popoli soggetti, di modo che nel passaggio dall'antico all'ordine novello di cose per porsi in equilibrio il dominio colla convenzione, la prepotenza degli antichi pregiudizî collo spirito vivo impetuoso impaziente della industria, si dovettero versare torrenti di sangue (5).

§ 143. Riepilogando il detto finora conchiudiamo che la prescrizione così breve e ristretta nel periodo

(1) Consuet. Feud. II. 55. init.

(2) *Guaranus, Jus feud. Neap. ac Sicul.* lib. I. tit. 6.—Da ciò si vede con quanta ragione disse recentemente Thiers che le pandette di Giustiniano portarono il più gran colpo alla feudalità — Ristretto della storia franc. p. XXVII.

(3) Nella quistione che spesso elevavasi « *An res fideicommissariae praescribi possunt* » generalmente opinavasi dai forensi che avverso i fedecommissi perpetui e progressivi non valesse prescrizione.

(4) Montesquieu — *Esprit des lois* livr. XXX. chap. I.

(5) Thiers Storia della rivoluzione francese cap. 3. e seg.

legislativo del forte dominio, si allarga e si moltiplica allargati i rapporti di traffico e di coltura; depurata la idea di proprietà e resa indipendente dalla primeva necessità della materiale ritenzione. Essendosi tale idea levata dal primo e rude involucro alla vera spiritualità giuridica; divenuto facile il concepire il dritto come modo di sostanza incorporea indipendente dal mondo esteriore, non riesce più strano e malagevole il conservar lungamente una proprietà in forza di un concetto ideale. Allora il legislatore volto accuratamente lo sguardo a quattro principali condizioni. 1. Corso ordinario della umana vita. 2. Qualità dei beni e di dritti (1). 3. Qualità delle persone. 4. Tempo che ordinariamente richiedesi per la notizia di un'avvenimento, e motivi che possono ritardarne la conoscenza; dovrà ordinare un sistema novello di prescrizione, che da una parte assicuri e fortifichi il dominio; e dall'altra non ritardi lo slancio delle industrie e la vita delle arti.

(1) Perchè durano più lungamente le azioni personali che le reali? Alciato ne assegna due ragioni. 1. I domini non debbono essere incerti, e quindi dee favorirsi il possesso: le azioni personali poi si prescrivono per negligenza e non già per possesso. 2. Vi è maggiore sicurtà nelle azioni reali che accompagnano la stessa cosa, che nelle personali: perciò in queste la diuturnità compensa la sicurezza.

CAPITOLO VI.

DELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA E TESTATA APPO I ROMANI.

- §. 144. Argomenti che dimostrano la giustizia della successione legittima.
- §. 145. E della successione testamentaria.
- §. 146. Si spiegano i principi animatori del gius romano circa le successioni. — Due principi intellettuali.
- §. 147. Principio politico. — *Genocratia* ossia possanza delle famiglie.
- §. 148. Come e perchè presso i Romani l'uso della facoltà di testare fosse subordinato al consenso del popolo, ed ai suffragi del sacerdozio.
- §. 149. Come tal facoltà venisse posteriormente circoscritta.
- §. 150. Come la maestà degli antichi testamenti si degradasse sino alla espressione vocale, ossia *nuncupativa*, e come l'imperio dei legati si vestisse della indole benigna dei fedecomessi.
- §. 151. Conseguenze giuridiche della scrupolosa continuità del dominio del defunto in persona dell'erede.
- §. 152. Metodo successorio intestato secondo le leggi Decemvirali appo i Romani.
- §. 153. Alterazioni a questo metodo apportate dall'equità Pretoria, dai senatoconsulti, e dalle costituzioni dei Principi.
- §. 154. Novello sistema creato da Giustiniano colla famosa novella CXVIII.

§. 144. Poi che l'uomo ha trasfuso, per così dire, la sua personalità in un'oggetto esteriore, poiche vi ha lasciato l'impronta della sua attività, poi che con mille innocenti ed operose sollecitudini ha fecondato un terreno deserto, irrigandolo de' suoi sudori, ha reso salutare e ricca di bella vegetazione una palude sterile e micidiale; ha egli dritto di trasmetterne la proprietà ai figli suoi, continuazione di lui stesso, sua vivente e cara immagine, tener'oggetto delle sue più calde e più vivide speranze? Questo diritto così santo, questa facoltà così giusta, questo bisogno così naturale da taluni deliranti filosofi, non solo fu messo in dubbio, m'anche negato impudentemente. Ma noi abbiám dimostrato la giustizia

e la necessità del dominio. Se l'uomo fa *suo* ciò che forma l'oggetto del suo lavoro incessante, se a questa *appropriazione* figlia della necessità di natura (imperciocchè il dritto alla vita è il fondamento di tutt'i dritti) fa eco il consenso degli altri uomini raccolti nella stessa civil comunanza; se potentissimo aculeo ad ardue e difficili fatiche è l'indomito amore dei nostri figliuoli; io ne deduco necessariamente che la successione legittima è il *complemento* del dritto di dominio, anzi n'è, per così dire, il suggello; che la giustizia naturale la fortifica de'suoi suffragi, e che finalmente la giustizia civile debbe vestirla della sua garentigia e della sua forza. A ciò si aggiunge il consenso di tutte le nazioni; e debbe proclamarsi uniforme alla ragione ed all'equità ciò che universalmente è consentito in tutti i secoli e da tutte le nazioni (1).

Bene osservarono i Romani giureconsulti (2), che i figliuoli siano condomini, vivente il padre, dei beni di costui, di modo che per essi debbe dirsi la successione non *principio*, ma *continuazione* di dominio. Se noi interroghiamo le prime tradizioni dei popoli, troviamo che nei campi aviti furono le prime tombe dei defunti maggiori; ivi il cuore si educava alla probità patriarcale delle domestiche virtù; ivi si apriva il pensiero alle più solenni rimembranze; ivi s'ispirava il coraggio che dai campi e se-

(1) Quindi troviamo presso i poeti latini le care rimembranze dei campi paterni

Paterna rura bobus exercet suis:

del lare e fondo avito

Et avitus apto

Cum lare fundus.

(2) *In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur. Unde etiam filiusfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. l. 11. ff. de lib. et posth.*

polcri degli antenati dovea respingere il saccheggio e la profanazione del nemico ; ivi finalmente Eroi lieti di gloriose palme compre col prezzo di loro sangue, venivano innanzi gli altari dei loro penati, sulle tombe dei loro padri , alla presenza di una compagna pudica ed ansiosa , tra le piacevoli strida d'innocenti pargoletti , a deporre le sanguinanti divise della guerra , e rivestir le umili spoglie di agricoltore. Ripudieremo noi queste care tradizioni , cancelleremo noi queste pagine ancor vergini ancora incorrotte della prima storia della umanità ?

§. 145. Ma l'uomo ha dritto di far testamento ? Il suo volere può signoreggiare tempi che per lui non saranno ? A lui , che scomparve nella notte dei secoli mute s'inchineranno altre generazioni ? Sarebbe opera di grosso volume il sol riferire quanto si è scritto pro e contra i testamenti. Verso la fine del secolo XVIII Mirabeau morente lasciava per legato alla rivoluzione francese una filippica contra i testamenti , ove con istil' esagerato ripeteva ciò che tanti scrittori avevano detto prima di lui , cioè luoghi comuni , argomenti volgari tendenti a dimostrar gli abusi che gli uomini fanno di questo diritto. Io dimostrerò tra poco , che lo scritto di Mirabeau invece di leggersi all'assemblea costituente di Francia , avrebbe dovuto piuttosto esser letto in qualche concione sotto Faramondo o Clodoveo ; dimostrerò che pel corso naturale della storia legislativa , il testamento inudito o poco usato nel dominio forte , fu sempre in uso nel dominio moderato , e nella forte convenzione. Or quì dirò solamente che negare al proprietario la facoltà di testare , è lo stesso che negargli l'elemento più prezioso del dominio , la *disponibilità*. Che ove la giustizia e la legge hanno santificato l'industre operosità di un proprietario , sarebbe ingiustizia e crudeltà il privarlo del diritto di disporre a pro di colui , che seppe conciliarsi la sua stima e 'l suo affetto. Che se il suo corpo tor-

nerà nella polvere, il suo volere sopravvive alla tomba; e la riconoscenza, eterna figlia di Dio, ha sempre verdi i suoi allori, ha sempre viventi e giovani i suoi dritti, e può confortare della rugiada di sue benedizioni le urne dei trapassati. Or chi negherà all'uomo di esser grato? La storia, è vero, ci porge molti esempi d'iniqui testamenti, ma ci offre nel tempo medesimo mille pagine di virtù beneficate dall'ultima volontà. Faremo inaridire per pochi abusi la più bella sorgente della beneficenza umana? I supremi voti, le preghiere dei morenti saranno per noi una voce senza eco che inutilmente grida in un deserto? Il dispregio e la indifferenza saranno i fiori dei quali adoreremo gli avelli dei nostri più cari congiunti (1)?

Ma lasciamo le astratte considerazioni, e venghiamo alla storia dei principî che han dominato, e che dominano le leggi de' diversi popoli.

§. 146. Nelle successioni appo gli antichi Romani tre principî campeggiavano, due intellettuali ed il terzo politico.

1. *Energia assoluta ed incompatibile dell'ultima disposizione.* Di quì la indivisibilità del volere dominicale, e la preferenza assoluta e incompatibile dell'ultima espressione di volere sopra le altre manifestazioni o presunzioni di volontà. Di quì la disposizione che *nemo potest decedere partim testatus, et partim intestatus*. Questo principio riconosce la origine dalla eminente idea di forza fisica che allora predominava « come il più debole cede al più forte, così la guisa più energica di manifestar la volontà non può coesistere colla più debole che distrugge ed annienta ».

2. *Rigorosa continuità della persona civile e del dominio*, e quindi passaggio indefinito dell'antico

(1) Dicea Lipsio — *Solatium fati est voluntas ultra fatum* — Praef. operis — De Cruce.

io civile nel novello, ossia nell'erede. Quindi la finzione *hereditas sustinet personam defuncti* per empire il vòto del dominio nello interstizio tra la morte del domino, e la traslazione del retaggio nell'erede. Di quì la necessità della *istituzione* di erede addimandata *fondamento e capo* dei testamenti, ed opiniamo che nelle successioni testate dovè primamente l'erede essere unico; di poi allargandosi il principio, surse la facoltà d'istituirne molti. Dall'austera necessità della istituzione di erede surse il bisogno della *quarta Falcidia* per l'erede istituito; e della *quarta Trebelliana* per l'erede fiduciario. In tal modo non avendo il dominio istante di vuoto nel tempo, credevasi evitare una seconda occupazione. Inoltre s'impediva la diserzione del culto dei lari, cioè degl'Iddii propri di ciascuna famiglia (1). Non fu indarno annesso al dominio il culto dei lari. La religione conservava ciò che non poteva l'uomo, e quella stessa divinità che respingeva dai confini gl'empì vagabondi, o trepidanti gl'immolava sull'ara, vegliava alla continuità del dominio inmedesimato colla religione. Ogni antico padre di famiglia patrizio era domino, era sacerdote. Dico *patrizio* perchè costui solo aveva il dritto dei lari, talchè da *lari* derivò la voce *larino* per nobile e patrizio in uno antichissimo idioma Italiano (2).

Con questi principj di rozza e severa filosofia gl'antichissimi Romani, contro la general consuetudine de' popoli di forte dominio, ammisero la facoltà di testare, ma vedremo in appresso che la medesima

(1) Non debbono quì trasandarsi le *detestationes sacrorum* ne' comizi, ove si dichiaravano all'erede tutt' i sacrificj che annessi all'eredità doveano adempirsi da lui. Alludendo a ciò disse Plauto. — *Sine sacris hereditas* — per significare un retaggio senza incomodo alcuno. Campolongo — *Cursus philolog. Pars IV. 86.*

(2) *A Thuscis orti quorum lingua Larinum metropolim vocaverunt, idest nobilem, principem* — Caton. fragment.

si versava in semplice teoria, e che nei primi secoli di Roma, non fu messa in atto, o lo fu rarissime volte.

§. 147. Il principio politico è la *genocratia* (1), ossia la possanza delle famiglie, mercè la quale i beni famigliari non poteano uscire dal perimetro delle rispettive *genti* ossia schiatte, e doveano necessariamente volgersi in quell'area di *gentilità*, perchè una razza conservasse colla coscienza delle antiche tradizioni il primiero lustro, e le altre non s'immegliassero sulle sue ruine. Ciò tendeva alla conservazione delle schiatte, e all'equilibrio di fortuna e di privilegi tra quegli aristocrati.

Questo principio fondamentale di successione fu comune agli antichi Greci, Romani, nazioni Germaniche, e popoli Europei de' mezzi tempi.

Nella *genocratia* le famiglie degli uomini liberi si fortificano in sè medesime: in ciascuna si ravvisa una maestà ed una indipendenza gelosa della sua impenetrabilità: ciascuna conserva con una spezie di culto la sua distinta fisionomia, e taluni tratti caratteristici, i quali si scolorano nel dominio moderato, si spegnono quasi interamente nella forte convenzione. Conseguenze di detto principio erano *equabilità* di fortune nel ceto dominante, *possanza* e *concordia* delle famiglie.

Per legge di Solone, quegli solo che non avea figliuoli potea testare, e prima di costui era sconosciuta in Atene tal facoltà, dovendo i beni rimanere presso la propria gente ossia *attinenza* (2). Per evitare il concentramento della proprietà di più famiglie in una, il fratello poteva sposare la sorella consanguinea, non già l'uterina. A prevenire i conju-

(1) Ho ritenuto questa voce greca usata per tal significanza dal recentissimo scrittore Alemanno Carlo Hülmann nell'opera—*Constitution fondamentale de Rome*.

(2) Εν τῷ γένει τῷ ἀννηκότος δεῖν τὰ χρήματα καὶ τὸν οἶκον διαμενεῖν. Plut. in vit. Sol.

gali dissidi spesso generati dall'alterigia della moglie ben dotata, e quindi dirotta al lusso ed ai vizii, lo stesso Solone rinviigorendo le antiche costumanze Ateniesi, ristinse la dote a poche suppellettili di pochissimo valore (1).

§. 148. Presso i Romani innanzi il dritto Decemvirale il divieto di testare a danno della propria famiglia, e contro l'ordine *genocratico* di successione non era espresso, ma implicito nella famosa istituzione de'comizi calati, ove col consenso del popolo ivi assenbrato, e coi suffragi dei sacerdoti scelti dal grembo de' patrizi potevasi solamente rivocare la legge successoriale con altra legge: nè il popolo, nè i Sacerdoti così facilmente si acquetavano ad una violazione della continuità del dominio nelle famiglie, principio signoreggiante in quello stato di civiltà, e conseguenza necessaria del forte dominio de' campi. I Romani antichi che ambivano più di ogni altro popolo andar superbi di molti dritti, non vollero esser privati della facoltà di testare. Però la ma-

(1) Presso gli Ebrei le donne erano escluse dal dominio dei campi (Numer. 27) e le figliuole non succedevano ai loro genitori se non in mancanza di maschi, e dovevano sposare un parente della stessa tribù. Per quasi tutta l'Asia, osserva Bodino, le donne non potevano ricevere in dote che qualche somma di danajo, o poche suppellettili, e null'altro (De Rep. lib. V. cap. 2.). Mal si sofferse in Atene che Solone accordasse la facoltà di testare a chi non avesse figliuoli (Montesquieu—Spirito delle leggi lib. V. cap. 5). Per impedire che i beni di un casato si occupassero d'altra famiglia, comandava l'antica legge Ateniese che la figliuola ereditiera (*Εκκληστια*, *καρποχος*) dovesse sposarsi al più prossimo congiunto (Pollux lib. III. Segm. 33.). La *retra* ossia legge proposta da Epitadeo in Isparta, con cui si accordò la facoltà di disporre de' beni a proprio talento contradisse ai voti ed al sistema successorio stabilito da Licurgo, e come ci narra Plutarco (Vit. Agidis) precipitò la repubblica in un abisso di calamità, in un torrente di sangue. Attesta Aristotile che nei suoi tempi i testamenti erano sconosciuti presso la maggior parte delle nazioni (Polit. lib. V. cap. 8.).

lagevolezza del consenso del popolo e del voto dei pontefici, il rimorso che il culto dei lari di una famiglia coi campi e le abitazioni passassero ad un'altra, erano pel testatore ostacoli poderosissimi che valevano più del divieto. Dalle leggi Decemvirali in poi, nelle quali era sancito « *Paterfamilias uti legassit super familia pecunia tutelave suae rei ita ius estod* » la facoltà di disporre fu più libera per la nuova foggia di testare colla formola della mancipazione, e pel dritto di tralasciare, o diredare i figli senza *elogio* cioè espressione di causa. Ma questa facoltà contrariissima allo spirito dominante del forte dominio fu più di pompa che di uso, siccome fu più di pompa che di uso sotto il regno e nei primi tempi della repubblica la facoltà del divorzio, la quale divenne così licenziosa negli ultimi tempi della repubblica e sotto l'impero, che le donne scosso ogni giogo di dipendenza, sciolto ogni freno di verecondia, numeravano gli anni non più colla varietà dei consoli, ma con quella dei mariti (1).

§. 149. Quando l'austerità, e 'l pudore degli antichi costumi cominciarono ad alterarsi; quando i vincoli di famiglia e di patria carità si rallentarono; quando i vincitori dell'Asia ripudiarono le virtù severe dei loro padri e comparvero in Roma i morbidi vizî e la galante corruzione dei popoli soggiogati; i legislatori moderarono questo dritto, e fu diffinita una quota di *riserva* pei più stretti congiunti di cui

(1) Per 500 anni dalla fondazione di Roma non vi ebbe esempio di divorzio. Carvilio Ruga che per isterilità della moglie cominciò ad usar di questo dritto largito ai cittadini Romani da lunghissimo tempo, si attirò la pubblica indignazione (Gellius—Noct. Attic. lib. IV. cap. 3.—Valerius Maximus lib. II. cap. 1.). I dritti prodigati con troppa estensione, e le pene inflitte con tropp'acerbità sono spesso ostacolo potente all'esecuzione delle leggi. Così l'ampissimo dritto concesso dalle leggi delle XII Tavole « *Paterfamilias uti legassit* ecc. come le atrocissime pene fulminate da Dracone contro ogni fallo anche leggiero, sortirono lo stesso fato.

privar non si poteano senza *elogio*. Non conveniva più riposare sulla probità e sulla naturale presunzione di affetto dei genitori. Corrotti i costumi dei medesimi, non più si dovea con animo tranquillo far dipendere dai loro capricci il destino dei figli. La legge corresse e vindicò le paterne traviazioni, e la morale fece plauso alla circoscrizione di un potere così vasto, e fecondo di abusi.

§. 150. Al dominio forte è sempre congiunta una forte espressione di volontà. Quindi gli atti traslativi di dominio son circondati da mille severe formalità per rendersi più solenni. Sia di esempio il testamento che dapprima uscito da' comizi *calati* cinto di tutta la maestà del popolo romano, e di tutta la venerazione del culto, poscia si degradò fino a vestire la forma di *codicillo* nel caso che il testamento ordinario non valesse, anzi bastava una espressione innanzi a sette testimoni non iscritta ma vocale per testare validamente. Da ciò si scorge ch'era somma solennità, e difficoltà gravissima nelle prim' espressioni di testare, e somma facilità nelle ultime. Si arroege la forte volontà del testatore che poteva legare cose aliene, correndo l'obbligo all'erede di comperarle, o pagarne la somma ai legatari. Le voci dirette imperative adoperate nelle quattro spezie di legati per *vindicationem*, per *damnationem*, *sinendi modo*, et per *praeceptionem*, e precisamente nelle due prime partono da questi principi. Giustiniano nel dritto Romano rinvenne un mondo legislativo antico già vacillante, ed un' altro moderno. Egli che abolì il dominio quiritario contribuì a dare un crollo quasi totale all'impero del dominio forte che si era già molto tempo prima di lui in gran parte espugnato a lente scosse dalle mani trepidanti del dominio moderato, e poscia dal braccio impetuoso della forte convenzione. Ei, come dice (1), agguagliò la in-

(1) *Necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis aequare, ut nulla sit inter ea differentia.* Inst. de leg. §. 3.

dole dei legati a quella dei fedecommissi. S'egli con perspicacia maggiore avesse penetrato lo spirito del suo secolo, avrebbe detto più filosoficamente che distrusse la natura dei legati nella prisca significanza latina, vestendoli di tutta la benigna facilità dei fedecommissi, i quali far si poteano nei codicilli non rafferma dal testamento, anzi col solo cenno.

§. 151. Alla rigorosa continuità del dominio debbe tribuirsi quella successione dell'erede in tutt'i dritti del defunto così scrupolosa, che i legatari doveano impetrar da costui la cessione delle azioni riguardanti le cose legate contro i terzi. Nell'impero del dominio moderato e della forte convenzione, cessato il bisogno di molti formulari, ciò sarebbe un assurdo logico, un voler vincolare di necessità, o per dir meglio, di pregiudizi di una legislazione antica la colta semplicità di una legislazione posteriore.

§. 152. Per legge decemvirale appo i Romani il retaggio degl'intestati primamente si devolveva agli eredi *sui*, così diceansi coloro, che *in potestate morientis fuerint*, siccome i figli, i nipoti dai figli, i pronipoti del nipote, e i altri discendenti. Costoro non *acquistavano* un dominio novello, ma quasi *continuavano* quello dei loro genitori (1). Succedevano anche non volendo, e perciò erano detti eredi *necessarii*. I figliuoli emancipati non avevano alcun diritto alla paterna eredità. Mancando gli eredi *sui* succedeano i *prossimi agnati*. *At si intestatus moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* (2). Nel difetto di costoro i *gentili* erano invitati a raccogliere i beni del defunto. Quindi l'ordine successorio degli antichi Romani è denominato *gentilizio*, perchè vi si chiamava la *gente* ossia schiatta di colui che moriva intestato. I figliuoli non succedeano alla madre, e costei veniva

(1) §. 3. Inst. de Hered. quae ab intest. defer.—l. 11, ff. de lib. et posth.

(2) Ulp. in Fragm. tit. 26.

privata del retaggio luttuoso de' figli a lei rapiti contro l'ordine di natura.

§. 153. Il diritto Decemvirale pocanzi espresso venne alterato e pressochè distrutto dall'equità pretoria e da leggi posteriori. Il Pretore concesse ai figliuoli emancipati, ed ai cognati il possesso dei beni, *bonorum possessionem*, il quale poco differenziava dall'eredità. Gli eredi *sui* conseguirono dal medesimo la facoltà di astenersi dal retaggio sebbene per alcune conseguenze giuridiche rimanessero eredi. Le madri che per benignità pretoria erano chiamate alla successione de' figli dopo tutti gli agnati, vennero poscia invitate in secondo luogo dall'Imperadore Claudio, e dal Senatoconsulto Tertilliano pubblicato ai tempi di Adriano. Ma però tal diritto successorio venne circoscritto e condizionato, imperciocchè non poteva estendersi all'avola la facoltà di raccogliere la triste successione; e nella madre dovea concorrere l'elemento essenziale di aver partorito tre figliuoli se fosse ingenua, e quattro se fosse libertina. Tal condizione fu tolta da Giustiniano come empia, perchè facea dipendere dal caso fortuito di un triplice e quattruplice parto la esistenza del diritto materno conquistato con tanti pericoli di gravidanza e di puerperio, e con sì vive ed ansie sollecitudini. Lo stesso imperadore tolse di mezzo gli ostacoli frapposti dalle precedenti costituzioni mercè le quali non sempre la madre potea ricevere il *solido* cioè la totalità della successione del figlio (1). Col Senatoconsulto Orfiziano pubblicato ai tempi di Antonino il filosofo i figli vennero ammessi alla successione dei beni materni; e posteriori costituzioni de' Principi ampliarono questo diritto nel rapporto dei nipoti coll'avola.

§. 154. Il sistema successorio stabilito da Giustiniano colla novella CXVIII poggiò sui veri princi-

(1) §. 4. et 5. Inst. de S. C. Tertyllian.

pì di giustizia naturale. La idea animatrice di questo ordine novello è la presunzione dell'amore. Il legislatore si rese interprete del cuore del defunto, sommise ad analisi le sue ordinarie affezioni, calcolò le varie gradazioni della sua volontà, e secondo le medesime determinò gli ordini differenti di succedere. Osservò che l'amore prima discende, ove non può discendere sale; ove non gli è dato ascendere, diverge nei lati. L'oggetto più tenero delle nostre speranze e dei nostri voti sono i figliuoli, e i costoro discendenti. Quindi essi son chiamati in primo luogo. Seguono i genitori, cui la natura ci obbligò con vincoli santissimi di gratitudine di amistà e di rispetto. Costoro sono appellati in secondo luogo. Vengono poi i collaterali: in loro mancanza, e talora anche in loro compagnia succedono i coniugi. Ultimo a comparire sulla scena delle successioni è il fisco. Da questa rapida esposizione del novello metodo Giustiniano nella distribuzione dei retaggi riesce agevole il ravvisare lo spirito che informa le novelle teorie, diametralmente opposto agli antichi principj. Ma questo Imperadore interrogò sempre bene e coscienziosamente le voci dell'umano affetto, egl'investì le profonde latebre in cui si avvolge il cuore? Ei lo sorprese nelle sue pure e genuine espansioni? Ei preferì con giustizia lontani collaterali al conjuge superstite con cui divide il defunto il pellegrinaggio di questa terra, con cui egli ebbe una santa comunanza di pene, di gioje, di lagrime, di dolcezza? Ma riserbiamo ad altro luogo la disamina della teoria Giustiniana la quale spiegò tanta influenza sui codici moderni.

CAPITOLO VII.

ORDINE DELLE SUCCESSIONI NEL MEDIO EVO — LOTTA TRA LE TEORIE ROMANE, E LE CONSUETUDINI DEL NORD.

- §. 155. Successione degli antichi Germani — Disposizioni intorno il retaggio dei feudatari — Differenze tra il dritto Longobardo, Normanno e Franco.
- §. 156. Costituzione *in aliquibus* di Federico II Svevo — In che si assomigliasse alla legge di Solone.
- §. 157. Spezie di testamento appo i Longobardi.
- §. 158. Circostrizione della facoltà di testare nei feudi.
- §. 159. Influenza precora che le leggi Romane spiegarono sulle consuetudini del Nord — Lotta fra i due diversi sistemi di legislazione.
- §. 160. Consuetudini Napolitane — Perchè tra i patti successori predominasse quello di Capuano e Nilo.
- §. 161. Errori, ondeggiamanti e confusione degl' interpreti delle consuetudini Napolitane.
- §. 162. Cenno di altri mezzi adoperati per conservare i beni nelle famiglie — Cautele di Soccino, di Maranta e di Molfesio — Interpretazione di Bulgaro. — Beni antichi ed acquistati.
- §. 163. Mescolanza delle leggi Romane col diritto barbarico — Si riepilogano i diversi sistemi di successione secondo i vari gradi di civiltà.
- §. 164. Controversia tra Bulgaro e Martino circa il ritorno della dote.
- §. 165. Sotto i Normanni nel nostro reame la madre non succedeva ai figliuoli.
- §. 166. Indole e conseguenze giuridiche del paragio.
- §. 167. Qual missione compiano i forensi colle loro sottigliezze, euremi e distinzioni nel corso umanitario della legislazione.

§. 155. Tacito ci assicura fin dai suoi tempi essere ignoto il testamento ai Germani. A ciascuno succedeano i propri figliuoli, in mancanza di costoro i fratelli, i zii. Quanto era più grande il numero dei congiunti e degli affini, tanto era più grata la vecchiezza (1). Per molti scrittori tiensi fermo

(1) *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in pos-*

esser lo stesso intervenuto a queste nazioni moltissimi anni dopo ch'ebbero invaso le province del vasto impero di Roma; ciò che avvenne ancora presso tutti i popoli di dominio forte, come fu distesamente narrato nel capitolo antecedente. La conservazione dei beni nelle famiglie era l'unico scopo delle loro successorie costumanze, per cui sacrificavasi volentieri la libera volontà di disporre.

Era scritto pei feudatari (1). « *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente* ». Se il feudo era di dritto Franco succedeva il primogenito dei figliuoli del defunto correndogli però l'obbligo di dare la così detta *vita e milizia* ai suoi fratelli: se poi era di dritto Longobardo, tutti i fratelli succedevano ugualmente escludendosi però sempre le donne. I Franchi ed i Normanni ai beni dei conti baroni militi morti senza figli maschi ammettevano gli agnati più rimoti, escludendo le figliuole degli estinti, coll'obbligo a questi agnati di assumerne la tutela, e maritarle a loro piacimento (*pro ipsorum dispositione*). Era massima della legge Salica. « I beni anche allodiali, non debbono passare dalla *lancia* al *fuso* (2). I Longobardi sebbene dimorando in Italia retta dalla loro signoria avessero non poco alterato le vergini e fiere costumanze del Nord, tuttafiata quando i loro sovrani lungo tempo dopo la invasione Longobardica sostituirono leggi scritte alle consuetudini dei maggiori, esclusero le figliuole dalla successione qualora vi fossero figliuoli maschi, coll'obbligo a costoro di accordare alle sorelle il *fardeffio*, certa quantità di suppellettile che spesso si determinava a loro talento.

§. 156. Federico II Svevo con una celebre costituzione

sessione fratres, patru, avunculi. Quanto plus propinquorum, quo major adfinium numerus, tanto gratiosior senectus. De M. G. cap. 20.

(1) lib. 1. Feud. tit. 8.

(2) Leg. Salic. tit. de Alode — Leg. Thuring. tit. 7. cap. 8

ne (1) abolì la costumanza Normanna ch'ebbe vigore in varie parti del nostro regno, e adottò in varî punti il sistema successorio Longobardo. Mercè siffatta costituzione i discendenti maschi escludevano le sorelle e le zie col peso però di assegnarle un *paragio*, non più a capriccio, ma secondo gli averi la dignità ed il numero dei figliuoli del defunto. La legge Longobardica e Fridericiana è conforme a quella di Solone, per la quale i fratelli consanguinei escludevan le sorelle.

§. 157. All'assoluta proibizione di testare successe presso i Longobardi, ed altre nazioni di origine settentrionale una spezie di testamento (2) piena di assai formole, e non sempre permessa che compivasi per *thingem*, innanzi i *gisili* testimoni di ugual condizione. Il testatore dovea dichiarare con solenni parole e giuramento ch'egli non avea discendenti ed ascendenti, e che largiva per dritto di donazione ossia successione i suoi beni all'erede che dovea trovarsi presente, e comperarli fittiziamente. Di poi si faceva la consegna del dominio per simboli. Adempitosi ciò, rimaneva al testatore l'usufrutto per tutta la sua vita, e non più poteva tramutarsi di volontà.

§. 158. Da ciò potrà ciascuno conoscere di per sè quanto sia simile il testamento Longobardico per *thingationem* al Romano per *mancipationem*. Minuita l'au-

(1) In aliquibus.

Non faceva nascendo ancor paura

La figlia al padre, che il tempo e la dote

Non fuggian quinci e quindi la misura.

Dante Parad. canto XV. v. 103.

(2) *Si quis res suas alii thingaverit, et dixerit in ipso thingidoluip, idest qui in die obitus sui reliquerit; non dispergat ipsas res postea doloso animo, nisi fruatur cum rutione.* I.L. Longobard. lib. 2. tit. 15. leg. 2. — *Donatio quae sine thingatione aut sine launechild facta est minime stare debet.* leg. 5. ibid.

sterità del dominio forte feudale incominciarono a campeggiarvi i testamenti. Non si potea però disporre de' feudi *ex pacto et providentia* ma degli *ereditarij*, ed in qualche modo de' *misti*. I feudi *ereditarij* concessi colla formola « *tibi et heredibus quibuscumque* » furono rari. Nei feudi *misti* concessi colla formola « *tibi et heredibus ex corpore* » il barone non può escludere il successore chiamato nella investitura, ma gravarlo più o meno del prezzo del feudo a favore di un altro.

§. 159. Il dritto Romano che venne a interrompere il corso legislativo delle rinnovellate nazioni di Europa produsse una molteplicità di costumanze nojossissime, una complicatezza e confusione di teorie un'ondeggiamento pericoloso di giurisprudenza, un'anarchia di opinioni, ed una legislazione *proteiforme* arrendevole ai cavilli e sempre incostante. L'Italia logora da' suoi vizj, prostrata ne' suoi sentimenti da un lusso smodato, e da secolare avvezza-mento a duro ed incostante servaggio, dovè finalmente soggiacere al giogo straniero. Quando la effeminatezza Latina fu vinta e rinvigorita dalla rozza energia del Nord, dovea la rinascante civiltà Nordico-Italiana spiegarsi a gradi, e non violentarsi dalle ultime leggi Romane (1) che si affacevano ad altre condizioni di coltura. Le consuetudini Napolitane sulle successioni sono un caos, ove i diversi genj delle romane e delle nordiche leggi stanno confusi e combattono. Voi sentite ad ogni passo la violenza del dritto romano, e la poderosa reazione delle costumanze boreali che ingenerarono vita novella nei popoli di Europa.

§. 160. Nella successione degli ascendenti giusta

(1) Che le novelle Giustinianee conservassero il vigore in Italia anche sotto la dominazione Longobardica, è verità valorosamente dimostrata dalla moderna scuola di Germania—Blumès—*Iter Italicum* l. 98, e prima di questa dal nostro Donato Antonio di Asti.

la interpretazione delle costumanze Napolitane il padre e la madre succedevano ai loro figliuoli senza distinzione di beni, cioè se sopravviveva la sola madre, questa veniva ad escludere anche gli ascendenti paterni, e se fosse sopravvissuto il solo padre, costui escludeva anche gli ascendenti materni. Ciò era secondo la novella 118 di Giustiniano, e contrario al principio dominante della conservazione delle famiglie, e distinzione dei beni « *paterna paternis, materna maternis* ». Si aggiunse il patto successorio detto alla *vecchia maniera* per avvalorare viemaggiormente la novella di Giustiniano. Dippiù era invalso per interpretazione dei giureperiti, che all'avolo paterno escluso nei beni materni del suo discendente spettasse la legittima in due onces. Ma tutte queste teorie cessero subito il campo ad altre più conformi a quella civiltà. Surse il patto successorio alla *nuova maniera*, cioè secondo il costume di *Capuano* e *Nipo*, che appena introdotto signoreggiò tutte le parti del nostro regno, e restituì la primeva inflessibile necessità alla regola « *paterna paternis, materna maternis* ».

§. 161. Gli interpreti delle consuetudini Napoletane spesso mal compresero lo spirito delle leggi del Nord. Il fratello escludeva la sorella, ma perchè la figliuola del fratello doveva escludere la zia nella successione al comune ascendente? Mancando la ragione della legge, doveva anche cessare la disposizione legislativa. La famiglia non potevasi conservare nè dalla sorella, nè dalla figliuola del fratello. A che dunque questa paelazione (1)? A ciò si aggiunge che

(1) La famosa costituzione *Filingera* fu contraria alla indole successoria di quei tempi, e destò non poco sdegno e meraviglia la successione pel contado di Avellino di Caterina *Filingera* al fratello primogenito Gurrello, escludendosi il zio paterno Filippo, e Ricciardo Matteo figlinolo di altro zio paterno. Ciascuno potrà di per sè conoscere il perchè di questa legge, considerando che Caterina era moglie di Ser Gianni Ca-

doveasi per ogni caso non previsto (ch'erano pur molti) aver ricorso al dritto Romano , e spesso le interpretazioni dei forensi divenivano leggi ; frequentemente vi erano interpretazioni d'interpretazioni ondegianti ed oscure più delle prime.

§. 162. Al principio della *conservazione delle famiglie* si affacevano gl'innumerevoli e molteplici *fedecomessi*. Non per altro il trattato dei medesimi divenne sì complicato tenebroso , e perciò pieno di litigi inestricabili , se non perchè gli antichi vincoli barbarici nei quali era stretto il dominio forte riuscirono poscia incompatibili coi nuovi , e crescenti bisogni della società. Dal suddetto principio derivarono le tre famose *cautele* di *Socino* , di *Maranta* , e di *Molfesio* , la interpretazione di *Bulgaro* , e la famosa distinzione de' beni in *antichi* ed *acquisiti* per la quale il padre doveva lasciar la metà dei beni antichi , cioè pervenutigli dai suoi congiunti , ai figliuoli e discendenti , o congiunti anche rimoti della linea , onde gli pervennero i prefati beni ; e di quelli acquistati da lui doveva lasciare agli stessi figliuoli e discendenti la *legittima* prescritta dalle Romane leggi (1).

racciolo gran Siniscalco del Regno , colui che *tenne ambo le chiavi del cuore di Giovanna II e che le volse serrando e disserrando a suo piacere*. V. Giann. lib. 25. cap. 8. §. 1.

(1) La cautela di *Socino* così detta dal giureconsulto di questo nome il quale l'espose nel consiglio 122 consisteva in ciò che il figlio istituito in un fedecomesso universale contenente anche la legittima , era vincolato da questa legge che qualora impugnava il fedecomesso per ottener la sua legittima , si avea la stessa , dovendo però restituire il rimanente.

La cautela di *Maranta* così denominata dal dottore di questo nome soleva apporsi nelle rinunzie delle donne che passavano a marito , e per meglio fortificare le rinunzie medesime , lo sposo ovvero il marito , se ciò faceasi dopo le nozze , promettea rendere indenni a proprie spese coloro , a cui pro si rinunziava , laddove la rinunzia si rescindesse dal magistrato.

Mercè la cautela suggerita da *Molfesio* solennemente si esprimeva , che alla donazione per contemplazione di matrimonio do-

§. 163. Dall'uso di più legislazioni fra sè contrarie derivò in Europa l'impolitico mescuglio delle scrupolose ambagi boreali colla ultima Romana franchezza nei testamenti. Ecco il perchè di una contraddizione così solenne, cioè di tante formole noiose nel testamento innanzi notai e giudici *cartulari* e di tanta scioltezza nel testamento *nuncupativo*, che poteva in qualche modo convenire ai Romani negli ultimi tempi della repubblica, e durante l'impero, e mal si addiceva agli Europei dei mezzi tempi, che viveano sotto il forte dominio circondati da scrupolosità simboli e formolarî. Di ciò avvenne che il semplice *nuncupativo* fu pochissimo praticato in Europa, ed usavasi piuttosto il *nuncupativo* consegnato in iscritto per l'apertura del quale richiedevansi tante formole. Riepiloghiamo il detto finora. Vi ebbero diversi stadi di corso legislativo intorno le successioni. Primo stadio. Scopo unico—Conservazione delle famiglie. Secondo stadio. Scopo principale ma non unico—Conservazione delle famiglie. Terzo stadio—Uguaglianza tra i coeredi, e maggiore prossimità di sangue. Proibire nel secondo stadio la facoltà di testare, sarebbe impresa assurda. Fu quindi, bisogna ripeterlo, un paradosso politico l'abolizione del testamento progettata da Mirabeau nei principî della famosa rivoluzione Francese in uno scrit-

veano succedere i figliuoli nascituri, come figli e non com'erediti del futuro sposo, perchè tal donazione si faceva per la sola contemplazione del matrimonio, e che altramente non si sarebbe fatta. Con siffatta cautela i figliuoli nascituri percepivano il dono *ut filii*, non già *ut heredes* del padre, e quindi relativamente al dono medesimo non eran tenuti a soddisfare i debiti paterni.

La consuetudine di *Bulgaro* versava in ciò, che se il marito lasciasse alla moglie l'usufrutto de' suoi beni, qualora avesse figliuoli, tale usufrutto si circoscriveva agli alimenti, che solea conseguire nel tetto maritale, e che poteva continuare a percepire di propria autorità, come se il marito fosse ancor vivente.

to da lui consegnato nelle ultime ore di sua vita a Talleyrand (1).

§. 164. Nel caos confuso e indigesto delle viete legislazioni e delle luride glosse la civiltà delle leggi spianossi il cammino, e là bisogna trovar l'addentellato e la ragione progressiva delle nostre moderne istituzioni.

Bulgaro e Martino nel secolo XII sono una viva immagine di Antistio Labeone e di Atejo Capitone vissuti sotto l'impero di Augusto. Bulgaro e Martino acerrimi rivali si resero famosi sì per la valentia nelle leggi la quale era grandissima, avuto riguardo ai tempi caliginosi in cui vissero, che per la indomita costanza onde propugnarono i loro divisamenti: il primo però cioè Bulgaro conobbe lo spirito informatore del suo secolo assai meglio del secondo, discepolo d'Irnerio e cieco seguace delle Romane teorie. Bulgaro sosteneva che la dote, morta la moglie anche *filiis extantibus*, tornar dovesse al costei padre, imperciocchè la dotale largizione non era che un *peculio profettizio*; e col proprio esempio volle fortificare questa dottrina. Martino Cremonese si oppose a tal ritorno; qualora esistessero figliuoli procreati colla donna maritata. Son celebri le contese di questi giureconsulti innanzi a Federico I. detto Barbarossa.

Non dobbiamo trasandare che l'opinione di Martino sebbene contraria ai principj de' suoi tempi prevalse, perchè più conforme alla giustizia naturale, e che il cardinal de Luca si dolea, come un semplice glossatore si attribuiva la facoltà di crear consuetudini.

§. 165. Nel nostro regno sotto la dominazione Normanna non potevasi aver ricorso alle leggi Romane neppure in difetto delle Longobarde, e ci narra Carlo di Tocco, che proposta la quistione se la madre succedesse ai figliuoli, fu risposto ne-

(1) Thiers. Rivoluz. di Francia lib. 1. cap. 6.

gatiivamente, imperciocchè tacendo su di ciò il dritto Longobardico, ed essendo la madre *cognata* doveva escludersi dagli *agnati* (1).

§. 166. Per quasi unanime sentimento dei nostri dottori il *paragio* fu distinto dalla *legittima*; la quale dovea soddisfarsi sui corpi ereditari, e non bastava che si soddisfacesse in danajo come il *paragio* (2).

Anche nei tempi più recenti della nostra legislazione patria feudale, le donne non ebbero l'azione reale, ma personale in *rem scriptam*, non già sul corpo del feudo, e *solidalmente*, ma soltanto su i frutti e *pro rata*; avuto riguardo a tutt' i beni feudali e burgensatici (3). E ciò non ostante che i feudi prima posseduti *jure clientelari*, *non proprio*, avessero poscia mutata natura, e si fossero quasi agguagliati agli altri beni (4). Ma qual' era l' effetto di questa azione personale in *rem scripta*? Quello di poter conseguire *sussidiariamente* la dote sui beni soggetti a fedecommeso, ed era esercibile anche contro i terzi, ed a preferenza di qualunque creditore dell' erede e fedecommissario benchè anteriore o privilegiato. Ma perchè si dava alla donna quest' azione personale in *rem scripta* anzi che la reale? Perchè costei è solamente creditrice del testatore ed

(1) Carol. de Tocco in l. si sorores. 25. verb. Si propinq. in fin. de success. lib. 2. tit. 14.—Giannone lib. 12. cap. 5.

(2) Pansuti cont. 20.—In ciò differenza dalla legittima *quae solvi debet in corporibus hereditariis, et non sufficere si solvatur in pecunia. ib.*—Spettava così sui beni burgensatici che sui feudali. Potea sperimentarsi l' azione contro il fratello e costringerlo alla vendita del feudo—*Paragio*, secondo Dufresne, fu così detto quasi *paraticum, ac nobilitatis paritas, juxta quam barones debent maritare sorores, aut amilas.*

(3) Rovitus in pragm. 24 de feudis n. 62 et sqq.—Card. de Luca discurs. 78. de Feudis.

(4) Samuel Strych. de testam. vassall.—Boerius decis. 12. n. 3.—De Afflictis decis. 19. n. 2.—Buddaeus, Exercit. Iur. Nat. De testam. summ. Imperant. §. XI.

avente un diritto almeno *abituale* nei beni dello stesso prima che passassero all'erede o fedecommissario colla *causa* cioè peso infisso su detti beni (1) ?

§. 167. Ecco a quante sottigliezze feconde di quistioni interminabili menò i giureconsulti l'allargamento di quella massima dapprima così severa, che i soli maschi dovessero aver diritto di condominio sui retaggi delle famiglie, e che i beni non dovessero passare dalla *lancia* al *fuso*. Ecco come a forza di lambiccarsi il cervello i forensi senza intenderlo distruggevano a lente scosse un vecchio edificio, e preparavano gli animi alla novità. I glossatori di qualunque specie essi siano sono una pesantissima generazione, ma necessaria. Come l'intelletto spesso non consegue una verità che dopo essersi aggirato, a guisa di meandro in mille errori, così a forza di opinioni e sottigliezze spesso contrarie alla legge antica, senza neppure avvedersene si soddisfa ad un bisogno nascente, si atterra una vieta legislazione, e si agevola il sorgimento di una novella. Ai pregiudizi non si va mai di fronte, e la natura non cammina per salti.

(1) De Luca. ib.— Stato intermedio di cose che può descriversi bellamente coi versi di Dante Infer. XXV.

*Come procede innanzi dall'ardore
Per lo papiro suto un color bruno,
Che non è nero ancora e 'l bianco muore.*

CAPITOLO VIII.

LEGGI MODERNE FRANCESI E NAPOLITANE INTORNO LA SUCCESSIONE, E QUALE ADDENTELLATO ESSE ABBIANO NELLE LEGISLAZIONI DEL MEDIO-EVO.

- §. 168. Passaggio dai due precedenti capitoli al presente.—Influenza delle antiche sulle nuove idee.
- §. 169. Origine ed indole de' principj animatori del dritto scritto, e consuetudinario in Francia—Legislazione e giurisprudenza Francese circa i testamenti.
- §. 170. Legge dei 17 nevoso anno 11—Da quale spirito fosse animata.
- §. 171. Come il Codice Francese si studiasse conciliare i due sistemi opposti, i quali si divideano la Francia. — Suo mezzo termine.
- §. 172. Il ritorno dei beni donati è ristretto al favore dei soli donanti. — Pericolo ed inconvenienti di tale restrizione.
- §. 173. Legislazione Napolitana del 1819 non ritenne la distinzione delle due metà secondo il codice Francese; chiamò con egual diritto i fratelli e sorelle bilaterali ed unilaterali.
- §. 174. Vestigio della distinzione dei beni nelle leggi Francesi e Napolitane. — Se giustamente il dritto di riversione siasi ampliato a pro dei fratelli e sorelle legittime del defunto contro i suoi fratelli e sorelle naturali.
- §. 175. Sapienza dell' editto successorio del 1816 — Abolizione del paragio—Sistema di esagerata uguaglianza, ed inconvenienti che ne derivano.
- §. 176. Successione de' coniugi — Se siasi a vantaggio di costor' osservata la presunzione di affetto — Quarta *ussoria* di Giustiniano ripristinata nella legislazione Napolitana.

§. 168. Abbiain considerato finora il cammino percorso dalla umanità legislativa intorno le successioni, cammino certamente irto di spine e nojoso, imperciocchè abbiain dovuto raggirarci in molte storie, in leggi e consuetudini di più popoli, in epoche differenti, ed in commentari chiose e raccolte di decisioni spesso ruvide ed aspre di linguaggio, ed intralciate di scabrose quistioni, or disciolte coi principj stazionari delle regole primitive, ed ora mercè l'autorità dei più prudenti, distrigate coi principj nuovi e progressivi dell' *eccezioni* figlie di novelli bi-

sogni sociali. Abbiamo inoltre osservato il precoce ed acerbo mescolamento della vecchia civiltà latina colle costumanze barbariche, e quanta confusione, sette di forensi, e pastoje nei giudizi ne siano derivate. I due precedenti capitoli chiariscono il perchè di molte disposizioni delle leggi moderne. Noi esamineremo segnatamente quanto vi abbiano influito la regola *paterna paternis, materna maternis*, e l' doppio vincolo; e quali vicissitudini soffersero recentemente presso noi il *paragio* che rinnovellatosi di passaggio fu subito spento. Da ultimo vedremo se la intensità presunta dell' amore, regola che le novelle legislazioni seguirono volendo metodicamente segnare le diverse categorie di successione, siasi meditata senza idee preconcelte, ed eseguita fedelmente.

§. 169. Dopo lunghe ed aspre guerre la Gallia soggiacque alla possanza di Roma. Quando i barbari inondarono le parti occidentali del vasto impero, questa provincia fu parimenti invasa e conquistata. Nelle regioni ove i conquistatori spiegaron più forte influenza e fissarono la stanza in numero maggiore dei soggiogati, prevalsero le costumanze fondate principalmente sulle antiche tradizioni, per cui questi paesi furon detti *consuetudinari*. Ove poi era maggiore il numero dei vinti popoli, cui concedesi per uso generale dei barbari, l' esercizio delle proprie leggi, prevalse il gius Romano, e tali regioni appellavansi paesi di *drutto scritto*. Nei paesi *consuetudinari* campeggiava il principio che i beni doveano ritornare alla sorgente onde eran derivati. Quindi un collaterale ignoto e lontanissimo era preferito al padre o alla madre del defunto. I beni distingueansi in *propri* ed *acquisiti*; ed ogni retaggio contenea diversi patrimoni, e secondo la varia natura dei beni variava l' ordine delle successioni. Nei paesi di *drutto scritto* seguivasi la novella 118 di Giustiniano; ivi niuna prelazione di sesso o di età; niuna distinzione di patrimoni. Tutto si mescea,

tutto si confondea nella massa del retaggio, il quale dovea ripartirsi ai più prossimi congiunti, militando a lor favore la presunzione di maggiore affetto del defunto. Nei paesi *consuetudinari* tenaci ancora della massima degli antichi Germani che ci lasciò Tacito—*Gli eredi di ciascuno sono i figliuoli; e niun testamento*—mal tollerarono le disposizioni testate, ed ogni nullità sebbene leggiera facea crollare questa ultima volontà. Nei paesi di *dritto scritto*, ove il testamento era favorito, la interpretazione dei forensi era mite abbastanza circa la nullità, ed ove la suprema disposizione del defunto vacillava come testamento, si facea valere come codicillo o in altra guisa qualunque. Il codice Francese fu meditato e discusso nel conflitto di questi due sistemi, i quali aveano caldi e valorosi partigiani. Ma nella fusione dei sistemi medesimi prevalse piuttosto l'opinione Germanica intollerante di testamenti, quindi gli ultimi voleri furono vestiti di moltissime formalità, delle quali se alcuna non si adempiva scrupolosamente, la disposizione inesorabilmente era distrutta; e la giurisprudenza che signoreggiò sotto l'impero fu inflessibile e cruda esecutrice del codice, nè si contentava di forti e limpidi equipollenti per salvare dal naufragio gli ultimi voti e preghiere dei morenti. La giurisprudenza che oggi domina in Francia non conservò il carattere aspro e ferreo dell'antecedente. Essa è ispirata dallo spirito del *dritto scritto*, è paga degli equipollenti, e con benigne interpretazioni ha lenito l'acerbità delle sanzioni legislative. Mercè il suo presidio molte disposizioni testate scamparono dall'eccidio, ed alla spietata tirannide di un' arida formalità, alla materiale giacitura di una parola non furono sacrificati gli ultimi accenti di un moribondo, l'estreme e fervide parole dell'affetto e dell'amistà.

§. 170. La legge del 17 nevoso anno II. introdusse nelle successioni legittime un'ordine diagonal-

mente opposto all'antico. Ella ebbe in mira la divisione all'infinito dei retaggi, la maggiore circolazione dei beni, e l'abbassamento delle famiglie potenti, che costituivano l'aristocrazia francese. Per lei venne abolita la massima secolare che i beni ritornar dovessero all'antica loro sorgente. Tutti gli averi di uno individuo non formarono più che un sol patrimonio senza attendersi alla loro indole e pervenienza. Questo patrimonio dovea ripartirsi in due metà tra la linea paterna e materna. Ritenne la preferenza a pro dei collaterali discesi dagli ascendenti più prossimi del defunto, ed ammise all'infinito la rappresentazione in linea collaterale.

§. 171. Il codice Francese a simiglianza della legge pocanzi riferita abolì la prefata regola *paterna paternis, materna maternis* letteralmente, conservandone lo spirito sebbene in una guisa più semplice. Nelle successioni deferite agli ascendenti ed ai collaterali, l'asse del defunto si riparte in due metà; l'una spetta ai più prossimi parenti della linea paterna, l'altra a quei della materna; nè si fa passaggio dall'una all'altra linea se non quando manchi ogni ascendente, ed ogni collaterale in una delle due linee. Succedono al fratello germani consanguinei ed uterini, e parimenti si divide in due metà il patrimonio del defunto, l'uno per la linea paterna, l'altra per la materna. Nella prima metà son chiamati i consanguinei, nella seconda gli uterini; i germani chiamati in entrambe le linee prendono doppia porzione. Il perchè di siffatta disposizione debbe ripetersi dalle famose costumanze successorie, nella cui dominazione morto un fratello, ne' costui beni *antichi* il germano concorreva col consanguineo, e coll'uterino. Questi predea parte nei beni *antichi* materni, quegli nei beni *antichi* paterni; il germano in amendue le categorie de' beni. Siffatta disposizione del codice francese è detta da Maleville specie di transazione, e da Toullier un *mezzo termine*

per conciliare i principî del gius Romano e del dritto consuetudinario, che si divideano la giurisprudenza francese (1).

§. 172. La Francese legislazione restringe al beneficio del solo donante la stipola del ritorno dei beni donati, sia che premuoja il solo donatario, sia che premuoja lo stesso e i costui discendenti. Questa successione *anomala* non si volle estendere a pro dei figliuoli legittimi del donante. Tale ampliamente si reputò una indiretta sostituzione, e nei giorni procellosi del rivolgimento Francese in cui si era pronunziato l'anatema politico contro i fedecommissi, si volle antivenire ogni occasione che potesse legittimare in alcuna guisa le abborrite sostituzioni. Ma il legislatore, come il giudice, dev'esser freddo, e non vestire gli affetti di fazione. Se gli eccessi di una teoria son pericolosi in ogni scienza, son funesti nella legislazione. Per la summenzionata restrizione avviene frequentemente che morto il donante e'l conjugue donatario con figliuoli superstiti, il conjugue che sopravvive per succedere alla prole comune, ed arricchirsi dell'altrui spoglie per volare ad altro talamo nuziale, sconosce i santissimi doveri di natura. Allargandosi il ritorno dei beni donati a pro dei figli del donante, vi sarebbero minori tentazioni; i beni delle famiglie non verrebbero così dispersi, e si toglierebbe alquanto arbitrio alla cieca fortuna (2).

§. 173. La legge successoria Napolitana del 1816 molto in sè ritrasse delle antiche costumanze. Il codice Napolitano vigente abolì la massima *paterna paternis*.

(1) Toullier.—Le droit civil français lib. III. §. 141 et seg. Questo scrittore nato in un dipartimento ove le consuetudini aveano pieno vigore, e caldo seguace delle viete massime, che conservavano i beni nelle famiglie, con idee preconcelte impugna e combatte le disposizioni del codice Francese pocanzi riferite.

(2) Artic. 951. Cod. Civ. Franc.

ecc. e la congetturale misura delle due metà che il codice Francese avea sostituito alle dubbiose ricerche della provenienza dei beni se paterni o materni, antichi o acquisiti. Chiamò gli ascendenti più prossimi in porzioni uguali. Ammise con uguale diritto i fratelli bilaterali, e gli unilaterali, ciò che resiste ad ogni dettame di natura, e convenienza sociale, imperciocchè sia che si consideri la legge di natura noi siamo tenuti ad amare più i fratelli germani che quei di solo padre o di sola madre; sia che si riguardi la conservazione delle famiglie, siffatta disposizione è improvvida per quel che si è ragionato nei capitoli antecedenti. La legge Francese tenne il luogo di mezzo e fece bene. Non bisognava escludere del tutto i fratelli unilaterali, come vollero Giustiniano, e la legge successoria del 1816 per tacere delle altre, ma neppure conveniva ammetterli indistintamente.

§. 174. Un vestigio della distinzione de' beni rimase nelle successioni *anomale* del donante che succede al discendente nei cespiti donati, sia che questi si ritrovino ancora in *specie*, sia che tuttora si debba il prezzo per cui furono alienati, sia che finalmente non si abbia per questi beni che la sol' azione per recuperarli (1). Questa successione particolare ed eccezionale fu ispirata dal duplice fine. 1. D'impedire che gli ascendenti sgomentati dal timore che i loro beni passino in mani diverse da quelle del donatario, siano ritrosi a fare largizioni. 2. D'impedire che gli ascendenti medesimi soffrano il doppio dolore della morte de' figliuoli e della perdita della roba. Nella premorienza dell' ascendente, questo diritto di riversione sui beni del figlio naturale, si esercita dai fratelli e sorelle legittime di costui (2). Ecco una estensione del dritto di ritorno, ed una eccezione alla

(1) Art. 670 LL. CC. art. 747 cod. franc.

(2) Art. 681 LL. CC. 766 cod. franc.

regola generale che vuol confusi tutt' i beni del defunto; stabilite a pro dei figli legittimi per aggravare il destino di esseri sventurati. Speriamo che la provvidenza legislativa ritornando su queste teorie, versi un raggio di giusta e benefica luce sopra una classe condannata ad espiare i vizî ed i delitti dei loro genitori.

§. 175. Giustiniano e'l codice Francese chiamano i discendenti a porzioni uguali non distinguendo sesso nè età. La nostra legge successoria del 1816 ammise i fratelli ad una doppia porzione nel concorso colle sorelle (1). Il codice regnante ammette tutt' i discendenti in parti uguali. La sanzione del 1816 era conforme alla indole del dominio moderato e della forte convenzione. I padri non sarebbero stati costretti a distruggere col testamento una falsa ed impolitica presunzione della legge. Così nel sistema cosmologico come nel morale una intemperata uguaglianza è ingiusta e perniciosa. *Summum jus, summa injuria*. Il chiamare senza distinzione maschi e donne a succedere per serbare l'uguaglianza dei coe-

(1) Conformemente all'antica legge dei Cretesi—Strabo—Geograph. lib. IV—ed a ciò che praticano i Musulmani—Gioja del merito e delle ricompense lib. 1. sez. 5. cap. 4. §. 1. È questo il giusto mezzo tra il molto che concede alle donne la legge Francese, e tra il poco e talvolta nulla che le accorda la legge inglese. Ogni successione nell'Inghilterra dividesi in beni immobili *real estate* e beni mobili *personal estate*. Il padre di famiglia può disporre di entrambi i beni qualvolta non vi fosse sostituzione. Se muore senza testamento gli eredi maschi son preferiti alle femmine, e queste ai collaterali. Quando non vi sono figliuoli, i beni ugualmente si ripartono tra le figliuole. Se vi ha più figliuoli, il primogenito è preferito agli altri. Nella successione collaterale i germani e i parenti anche più rimoti escludono i consanguinei e gli uterini più prossimi. In niuna parte del mondo le donne e i cadetti sono così maltrattati nella successione, come presso gl' Inglesi, e giustamente lagnasi con veemenza di siffatta disuguaglianza un recentissimo scrittore Inglese, Winter Bottom.—*Revue Britannique* tom. IV. Série. IV. pag. 369.

redi è resistere alla volontà dei defunti, ch'esser debbe scrupolosamente interrogata dalla legge. Ogni padre per istinto d'immortalità vuol perpetua la sua famiglia, e ciò non può avvenire mercè le figliuole *principio delle altrui famiglie e fine delle proprie*. Ogni padre non vuole sparpagiate di troppo le proprie sostanze nelle famiglie aliene. Dippiù non vi ha cosa, per servirmi delle parole di un poeta Greco (1) più amara ed insoffribile della donna ben dotata. La magnificenza della dote l'affascina, e le apre più facilmente il cuore alla seduzione ed ai vizii. Il sistema del *paragio* raffrenerebbe l'arroganza e corruzione donnesca, e si contrarrebbero matrimoni più per sentimento che per ingordigia, trista passione per cui spesso inaridisce il germe della virtù.

§. 176. Abbiain veduto precedentemente, che ove in determinare il metodo di successione vogliasi attendere alla conservazione de' beni nelle rispettive famiglie, il conjuge non solo viene escluso dal retaggio del conjuge premorto, ma non può neppure il genitore succedere ai suoi figliuoli nei beni, che a costoro pervenissero dall'altro genitore, acciocchè i patrimoni distinti di più famiglie non si mescessero tra loro con utilità dell'una, e con grave pregiudizio dell'altra. Ma quando un diverso principio anima l'ordine successorio, quando si vuole interrogare la presunta volontà del defunto, indipendentemente da riguardi familiari, non sembra consentanea al principio militante la esclusione di un conjuge dall'eredità dell'altro. Il codice Francese volle che un lontanissimo e sconosciuto collaterale fosse invitato a raccogliere i beni di un conjuge a preferenza dell'altro. In tal modo uno erede ignoto al defunto godrà del frutto de'sudori di costui, mentre il compagno della sua vita, colui che seco divise gli affanni e le sollecitudini del terrestre pellegrinaggio in una sacra ed intima

(1) Euripid. apud Stobaeum Serm. 70.

alleanza di desideri e di passioni, in una individualità di palpiti di speranze e di terrori, è respinto dal possesso de' beni di cui per lunghi anni fu quasi condomino. E non è questo tradir piuttosto che interpretar la volontà dei defunti?

A simiglianza della *quarta ussoria* di Giustiniano (1), la legge Napolitana (2) accorda al conjuge povero una prestazione alimentare e vitalizia, che varia secondo l'esistenza e'l numero dei figliuoli. Questa sanzione onora la umanità delle nostre leggi. Ma è cosa trista pel conjuge indigente il non trovar diritti nella santità del vincolo maritale, ma nella necessità imperiosa della sventura. È troppo doloroso per una persona sensibile che nuotò nelle ricchezze, vivente il suo compagno, il doversi presentare all' avido erede colla sordida veste della miseria, e nell' umile attitudine di mendicante.

(1) Nov. 117.

(2) Art. 689 LL. CC.

CAPITOLO IX.

BENEFIZIO DI DELIBERARE — INVENTARIO — CAPACITÀ DELL' EREDE — COLLAZIONE — DITTO DI ACCRESCERE.

- §. 177. Severità degli antichi principi Romani. — Benefizio di deliberare concesso dal pretore. — Beneficio dell' inventario esteso da Giustiniano a tutt' i cittadini dell' impero.
- §. 178. Tempi nei quali i Romani consideravano la capacità dell' erede testamentario. — Ragioni che introdussero la necessità di siffatta considerazione. — Progressi e semplicità delle moderne legislazioni.
- §. 179. Origine e vicende della collazione secondo i vari gradi di civiltà legislativa.
- §. 180. Perchè la collazione siasi ammessa presso i Romani fra i discendenti, e non già tra gli ascendenti e i collaterali.
- §. 181. Quali mezzi usassero i Romani per livellare le quote dei coeredi ed allontanare gli estrani dall' acquisto dei beni delle rispettive famiglie.
- §. 182. Principi animatori del dritto di accrescere. — Holzio si approssimò al vero, ma non lo raggiunse. — Dimostrazione.
- §. 183. Sottigliezze ed ambagi del dritto Romano circa il dritto medesimo. — Suoi vizi ed inutilità.
- §. 184. La legislazione Francese ha reso più breve e più semplice questa materia.

§. 177. Dalla indivisibilità del volere, e dalla indefinita continuazione dell' antico *io* nel novello surse per le adizioni dei retaggi la necessità inesorabile di un *sì* o di un *no* puro indefinito. Di ciò nacque che nel primo stadio cioè nel dominio forte la volontà non poteva scindersi, e la persona dell' erede doveva continuare quella del defunto in tutta la sua estensione, assumere i suoi diritti, vestire le sue obbligazioni, curare i suoi privati sacrifici; in somma rappresentare il morto in tutta la sua persona civile e religiosa. Comincia il secondo stadio legislativo, e si accorda un termine per la matura deliberazione da precedere il *sì* o il *nò* decisivo indefinito irrevocabile. Segue il terzo stadio, e la volontà si scinde, la continuazione della persona del defunto in quella dell' erede può essere definita e condizionale.

Serva di esempio il popolo Romano. Nel primo stadio non vi era nè beneficio di deliberare nè inventario. Segui il secondo, e 'l pretore interprete dei novelli bisogni, e potente araldo di eque ed utili novità comincia ad accordare un termine, entro il quale l'erede potea maturare i suoi calcoli, osservare le forze del retaggio, e quindi determinarsi ad accettarlo o ripudiarlo (1). Questo termine si fissava a volontà del pretore, non poteva però esser più breve di cento giorni (2). Giustiniano circoscrisse nel periodo di un'anno il termine medesimo quante volte i creditori molestassero l'erede; in mancanza di queste vessazioni estese il termine fino ai trenta anni (3).

Venne il terzo periodo legislativo e la volontà si divise, ed alla purità inesorabile indefinita della rappresentazione ereditaria successe la determinata e condizionale coll'accordarsi il beneficio dell'inventario; imperciocchè chi ne godeva non era tenuto alla rappresentazione passiva del defunto che fino alle forze dell'eredità, e rimaneva sempre salvo il suo patrimonio. L'inventario può convenire al dominio moderato ed alla forte convenzione. Esso fu introdotto da Gordiano pei soli soldati, e Giustiniano lo estese a tutt'i cittadini assegnando i termini in cui dovea cominciarsi e compiersi, fissando le norme e le formalità che doveano adempirsi, e determinando le benefiche conseguenze che ne derivavano (4).

(1) *Ait praetor, si tempus ad deliberandum petet, dabo.* leg. 1. §. 1. ff. de jur. deliber.

(2) *Esse in jus dicentis potestate, quem diem praestituit. — Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.* l. 1 et 2. ff. ib.

(3) L. 19. C. de jur. delib.

(4) L. 22. C. de jur. delib. *Cum enim gemini tramites inventi sint, unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit, alter autem rudis et novus a nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur; electionem ei damus vel nostram constitutionem eligere, et beneficium ejus sentire: vel si eam aspernendam existimaverit, et ad deliberationis auxilium*

§. 178. In due tempi i Romani consideravano la capacità dell'erede testamentario. 1. Nella confezione del testamento. Bisogna che l'*io civile*, il quale dispone del dominio delle sue cose pel tempo della sua morte favelli con altro *io civile* idoneo a poterlo rappresentare poi che sarà spento nel possesso delle cose. L'erede è la continuazione civile del testatore e il testamento è nel forte dominio un linguaggio più politico che privato. L'erede può istituirsi fingendosi ch'ei sostenga la *persona* ossia maschera civile del suo autore. 2. Dal tempo della morte del testatore a quello dell'*adizione* di eredità. Il medio tempo d'incapacità tra la confezione del testamento e la morte del testatore non nuoce. Vivendo il testatore, il dominio non è vuoto; il domino disponente persevera nel possesso del suo patrimonio: appena mancato costui, conviene che l'erede sia capace a rappresentarlo *naturalmente e civilmente*; e questo bisogno estendesi al tempo dell'*adizione* dell'eredità, *solenne apparizione della metamorfosi* ereditaria; non potendo esservi in questo intervallo alcun momento d'incapacità, ossia alcun vuoto di dominio per la ragione che abbiain veduta propria del forte dominio, essere inconcepibile il vuoto nella natura civile del pari che si credeva impossibile nella cosmo'logica. Di ciò avvenne che la condizione verificata ma non la incapacità svanita poteva *retrotrarsi* alla morte del testatore.

Dippiù per non lasciarsi vuoto nel dominio si finisce che l'eredità prima di adirsi dall'erede capace, o di verificarsi la condizione sostenesse le veci del defunto. Questi bisogni debbono minorare nel dominio moderato e svanire nella forte convenzione, e difatti

convolverit, ejus effectum habere: et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: et non secundum modum patrimonii; sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari. §. 14 — dicta leg.

sono svanite nelle più culte legislazioni moderne cui basta che l'erede sia capace all'epoca della morte del testatore. In questi due stadî; nei quali il concetto puro del dominio si reputa sussistere comunque sceverato dalla materialità del possesso, non vi ha più bisogno di tante angustie e finzioni.

§. 179. Lo scopo della collazione è di agguagliare le quote degli eredi. Il suo principio animatore è nella presunzione che il defunto abbia uguale affetto verso i suoi congiunti successori. Nell'impero del forte dominio purchè i beni rimangano nelle rispettive famiglie poco importa che gl'individui delle stesse ne abbiano porzione uguale. Si attende più all'energica impenetrabilità degli antichi patrimoni contro le impure mescolanze degli estranî, che alla giusta ripartizione dei medesimi tra i componenti la famiglia o gente del morto proprietario. Per siffatte considerazioni io credo che in Roma non si ammise collazione che assai tardi, tra i soli figliuoli e in taluni casi.

§. 180. Per legge Romana non eran tenuti alla collazione che gli eredi in linea retta discendentale. Questo obbligo non correva per gli ascendenti e pei collaterali. Fa meraviglia siffatta disposizione dopo che si era proclamata la massima, che il titolo della collazione conteneva un'apertissima equità. Se si volle l'uguaglianza tra i coeredi discendenti, perchè non esigersi tra gli altri, se unico era il principio e la giustizia che lo dettava era invariabile? Non può rendersi di ciò miglior ragione, se non pensando che i Romani gelosi e solleciti di conservare i beni nelle famiglie, e sempre diligenti nei mezzi che tendevano a conseguir questo scopo, non videro l'equità naturale che superficialmente e di profilo nella materia delle collazioni. Purchè i beni non passassero a mani estranee, poco loro caleva, come pocanzi si è detto, che tra i diversi membri di una stessa fami-

glia alcun'ottenesse una frazione di beni maggiore di quella degli altri.

Ma perchè la collazione fu richiesta tra i soli discendenti? La ragione sorge nitida dalla causa occasionale del titolo delle collazioni. Avendo l'equità pretoria ammesso i figliuoli emaucipati al possesso dei beni paterni, si volle per non rendere peggiore la causa ereditaria dei loro fratelli rimasi sotto la potestà paterna, *ut sua quoque bona in medium conferant qui appetant paterna* (1). Ecco perchè si accolse in parte, ma non si riconobbe intera l'equità della collazione.

§. 181. Per meglio far sentire la forza del mio ragionamento si riguardi con accuratezza la specie dell'usufrutto stabilita appo i Romani nel giudizio *familiae herciscundae* qualvolta le porzioni degli eredi non si potessero agguagliare comodamente. Vendersi all'incanto i beni successorî per pareggiarsi le quote reputavasi un paradosso politico-legale. Gli estranî avrebbero concorso, e la impenetrabilità patrimoniale delle antiche famiglie sarebbesi violata. Era quindi necessario in ciò che non potevasi dividere, stabilire per alcuni eredi la proprietà, e per altri proporzionalmente l'usufrutto. Per la tirannica impressione di condominio e di vicinanza, di cui parleremo a suo luogo nel chiarire l'origine del *jus protomiscos*, questa regola si estese per analogia ai giudizi *communi dividundo et finium regundorum*. Nell'impero della forte convenzione non più si riguardava nei retaggi alla impenetrabilità dei patrimoni, m' alla giusta ripartizione delle quote. Reputasi uno spedito convenevolissimo vendersi all'incanto ciò che non può dividersi; l'usufrutto stabilito nei giu-

(1) Leg. 1. ff. de collat. bonor — Nell'antico dritto romano la collazione non era dovuta se non quando espressamente ordinavasi col testamento. Nel dritto Giustiniano sempre si doveva purchè non vi fosse stato espresso divieto. *Nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem*. Nov. 18. cap. 6.

dizì *familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, sarebbe una sconcezza intollerabile, e non si potrà perdonare a Giustiniano che distrusse tutto l'antico sistema delle successioni, l'avere conservati nelle sue leggi siffatti vestigi ardui e pericolosi di un forte dominio.

La legislazione francese che venne adottata da vari popoli di Europa, volle che tutti gli eredi, anche beneficiati, concorrendo ad una successione, dovessero conferire sia *fittiziamente* sia *realmente* tutto ciò che avessero prima ricevuto dal defunto o direttamente, o indirettamente (1). Ella non circoscrisse la giustizia della collazione a pochi casi, e nel perimetro di una sola linea. Ispirata dal principio di uguaglianza tra i dividendi, non credè compiuta la sua missione, se pria non vide allagate nello stesso livello le sorti di tutt'i coeredi.

§. 182. Poche cose dovrem'osservare intorno il dritto di accrescere e le differenze tra il gius Romano, e l' codice Francese. Il legato non fu che una istituzione *singolare*, o per meglio dire una *de-libazione* di eredità racchiusa ordinariamente in una istituzione universale. Dico *ordinariamente* perchè l'antica severità de' principj e delle formole quiritarie venne poscia alterata dalla introduzione dei codicilli. Siccome nel conflitto tra la causa testata e la intestata preferivasi sempre la prima perchè la volontà espressa vincea la presunta, secondo che si è discorso antecedentemente, e quindi niuno potea morire parte testato e parte intestato; così nel contrasto tra il legato e la istituzione universale, il legatario preferivasi all'erede mercè lo stesso principio, che pel primo la volontà del defunto era espressa; per l'altro non era che presunta.

Holzio professore della università di Lovanio in

(1) Art. 843 e seg. Cod. Franc.

una recente operetta (1) confuta l'opinione di Cujacio, Duareno, Donnello, e della scuola Olandese che fan derivare il dritto di accrescere dalla volontà presunta del testatore. Ei ripete con altri scrittori il dritto medesimo dalla *unità e solidarietà* de' legati. Quindi, ei soggiunge, per la giurisprudenza classica dei Romani si potev'accredere nei legati *vindicationis*, cioè di proprietà, non già nei legati *damnationis*, cioè di debito. Giustiniano alterò il principio classico, ammettendo il dritto di accrescere anche nei legati di obbligazione. Il codice francese intorno tale ammissione adottò le teorie Giustinianee.

Holzio si è approssimato al vero, ma non lo ha pienamente raggiunto. Il dritto di accrescere, come pocanzi da noi si è detto, deriva dalla volontà espressa dal testatore, non già dall'*obbietto* di questa volontà. È un secondo fenomeno prodotto necessario del primo fenomeno, cioè delle parole di congiunzione, con cui rivela il volere del defunto. Questa *unità e solidarietà* è uno elemento meramente *subbiettivo*, è un *solido* creato dal volere e non già dalla indole e dalle relazioni della cosa, è un tutto fattizio, non già naturale, che la volontà del testatore crea, la formola di testare esprime, e non fa d'uopo che abbia una intima e necessaria relazione nel mondo dei fenomeni.

§. 183. L'antichità del dritto di accrescere è coeva a quella dei testamenti. Non vi ha materia ove i più recenti Romani legislatori aguzzassero più sottilmente l'ingegno. Vi avea tre spezie di congiunti così nell'eredità, come nei legati e fedecommissi. Congiunti *re* qualvolta con più proposizioni più persone si chiamavano alla stessa cosa. *Lascio la mia eredità (o lego il mio fondo Tuscolano) a Tizio*

(1) L'operetta di Holzio è scritta in lingua francese, e viene intitolata — *Analyse historique du droit d'accroissement entre héritiers*.

lascio la stessa mia eredità (o lego lo stesso mio fondo Tuscolano) a Sempronio. Dicevansi congiunti *verbis*, qualora colla medesima proposizione s'invitavano alla stessa cosa più persone, aggiuntevi le parti non fisicamente ma intellettivamente. *Lascio la mia eredità (o lego il mio fondo) a Tizio ed a Cajo in porzioni uguali.* Chiamavansi congiunti *mixtim* se a più persone era lasciata la medesima cosa in una stessa proposizione » *Lascio la mia eredità (o lego il mio fondo) a Tizio ed a Sempronio* ». I congiunti *re* dicevansi *disgiunti* perchè chiamati con diverse proposizioni: ciascuno dei coeredi o collegatari congiunti in siffatta guisa era chiamato al *solido*, cioè alla totalità del retaggio o legato; il perchè dicevasi aver luogo tra costoro più propriamente il *jus non decrescendi* che il *jus adcrescendi*, imperciocchè nelle parole » *Io lascio la mia eredità (o lego il mio fondo) a Tizio* » *Io lascio parimenti la mia eredità, (o lego il mio fondo) a Sempronio* » se Tizio non poteva o non voleva accettare l'eredità o il legato, non poteva strettamente e propriamente dirsi che la porzione del coerede o collegatario mancante accrescesse, ma piuttosto che non decrescesse, cioè non ismembrasse il retaggio o legato, che a ciascuno di costoro fu largito per la totalità. Da ciò vennero tutte quelle sottigliezze colle quali volendosi penetrare gl'intimi recessi del cuore del defunto, spesso se ne tradiva la volontà, e questo avvenne segnatamente nei legati e fedecommissi. Ai congiunti *verbis et mixtim* si accresceva *volentibus*; ai congiunti *re* si accresceva *etiam invitis*. E perchè? Questi son chiamati al *solido*, cioè al totale del legato; queglino poi alla porzione del totale. Ora ognuno può rifiutare quella porzione che non vuole, ma non già il *solido* che accettò una volta; imperciocchè nei congiunti *re* non vi ha il *jus adcrescendi*, ma piuttosto il *jus non decrescendi*. Inoltre ai congiunti si accresce *cum onere*, ai congiunti *re* ossia disgiunti, *sine onere*:

e perchè? Ai congiunti *verbis et nuxtim* si accrescevano altre porzioni, ai congiunti *re* soltanto non si diminuiva il *solido* legato; e per conseguente quei doveano pagare i pesi annessi alla porzione accresciuta; per questi poi non accresciuti di porzione, ma solo non minuiti nel *solido*, non correva l'obbligo di soddisfare i pesi del collegatario mancante. Inoltre nei retaggi regolarmente i pesi s' impongono alla cosa; nei legati e nei fedecommissi alla persona (1). Da ciò si conosce qual sottilissimo arbitrio i più recenti legislatori dell' impero romano spiegato avessero nella interpretazione della volontà dei defunti. Si sarebbe serbata maggiore semplicità, e si sarebbe interrogata più fedelmente la volontà del testatore se parimente nei retaggi, legati, e fedecommissi, il coerede collegatario e fedecommissario congiunti per qualunque delle tre spezie, come godevano i vantaggi della porzione accresciuta, ne avessero sofferto anche i pesi. Il *jus non decrescendi* è una mera assurdità perchè di fatti nei congiunti *re* la porzione del collegatario mancante si accresce a quella dell' altro. Che sia così appare da ciò che se il mancante coerede o collegatario avessero accettato il retaggio, legato o fedecommissso, i loro compagni avrebbero soltanto ricevuto la loro porzione.

§. 184. Il codice Francese partendo da principî più semplici non riconobbe dritto di accrescere che in soli due casi. Oggi possono vivere insieme causa testata, e causa intestata. Una disposizione di suprema volontà non è distrutta dalla posteriore, se non quando l' una fosse incompatibile coll' altra. Dritto di accrescere non vi ha laddove non sia la stessa disposizione sullo identico oggetto senza assegnarsi le porzioni di ciascuno, o qualora manchi

(1) Veggasi l' erudito commentario del nostro Cirillo — *De jure adcrescendi*.

la *non divisibilità* senza deteriorazione di una cosa legata a più persone coll'atto medesimo (1).

Egli è vero che questa breve semplicità anch'essa offrì larga messe di dispute ai giureconsulti Francesi, memori della *terminologia* e delle argute ambagi del gius Romano; ma è vero altresì che non ci ravvolgiamo più nell'intrigato laberinto di ardue e spinose distinzioni Romane. Le sottigliezze che non ci conducono a feconde ed utili verità, sono figlie di un vano lusso d'ingegno, non di una mente che ama il trionfo del vero ed i progressi della scienza: Sono pompe brillanti e infruttuose, capaci solamente a destar la meraviglia, ma disadatte a crear la convinzione dell'intelletto e la soddisfazione del cuore.

(1) Art. 1044, e 1045. Cod. Franc.

CAPITOLO X.

ORIGINE E DIFFERENZE DELLA DOTE NEI DIVERSI PERIODI LEGISLATIVI.

- §. 185. Principi regolatori delle doti nei diversi periodi legislativi.
- §. 186. Costumanza di vari popoli e segnatamente dei Greci e dei Longobardi in dotar le donne.
- §. 187. Si combatte l'errore di taluni scrittori e principalmente di Gillies, i quali dai nostri costumi pretendono giudicar di quei degli antichi.
- §. 188. Origine e vicissitudini del *morgengaba*, del donativo tra noi detto di *lazzi e spille*, e dell' *antefato*. — Disposizioni di Carlo II. di Angiò, e del Duca di Ossuna.
- §. 189. Mezzi usati da vari popoli ed in epoche diverse tendenti ad assicurar le doti.
- §. 190. Ritorno della dote al donante presso i Romani, morta la figliuola dotata anche con prole. — Erronea ragione che ne assegna Pomponio. — Si addita la vera causa di tale disposizione.
- §. 191. Stranezza di alcune leggi Romane circa la ripetizione della dote. — Come su questo punto il gius Romano fosse non solo stazionario, m' anche retrogrado.
- §. 192. Sistema della comunione de' beni tra gli sposi. — Errore di Cesare nella storia dei Galli. — Errori storici di Eneccio. — Siffatto sistema non conviene che alla forte convenzione. — Vicissitudini dello stesso nel nostro reame.

§. 185. Nel forte dominio ordinariamente non vi ha dote o questa è di lieve importanza, e ritorna alla famiglia del padre; e spesso gli sposi dotano le spose. Nel dominio moderato, cioè messo in qualche equilibrio colla convenzione, vi ha dote, deve campeggiare il regime dotale, ossia della *inalienabilità* dei beni dotali, e meno frequentemente lo sposo dota la sposa. Si ha però massimo riguardo alla sicurezza delle doti. La donazione *propter nuptias* appo i Romani, che il marito o lo sposo faceva alla moglie o alla sposa tendeva appunto a questo fine.

§. 186. Per comprovare più luminosamente siffatte proposizioni interroghiamo la storia dei popoli. Si largiva la dote dallo sposo alla sposa presso gli antichi

Greci, Assiri, Caldei, Germani, ed altri popoli viventi nella stessa condizione di politica civiltà. I Longobardi di origine Germanica costituivano alle spose la dote addimandata *meffio* che consegnavasi primamente come prezzo della donna ai parenti, o *mundualdi* ossia tutori di lei. La suppellettile che si concedeva alla sposa da' suoi parenti dicevasi *fardeffio*. Simigliantemente presso i Greci nei tempi descrittici da Omero la dote ossia i doni dallo sposo largiti dapprima al padre della sposa, e poscia alla sposa medesima si dissero *edna*, e i doni talvolta concessi alla sposa da' suoi parenti chiamavansi *meilia* (μειλια). Di qui chiaramente si scorre la significauza delle parole di Agamennoue presso Omero (1) colle quali promette ch'egli sareb-

(1) Iliad. IX. vs. 147.—Molti manoscritti Omerici sceverano la voce *επιμειλια* presentandola così—*Εγὼ δ'εἰμι μειλια δῶσω*, dovendosi congiungere la proposizione *εἰμι* a *δῶσω* non già a *μειλια*, volendo dire Agamennoue « non voglio d' Achille i soliti doni che gli sposi danno ai suoceri ed alle spose, anzi io voglio sopraggiungerne degli altri. Esichio sotto la voce *εδνα*, ed uno antico Scoliaсте di Omero danno a questa voce la medesima significazione che noi vi abbiamo affissa « *εδνα δε εἰσι τα προτων γαμων υπο του νυμφιου δεδομενα δωρα τη νυμφι*. E per meglio comprovare siffatta costumanza potrei qui citare moltissimi esempi Omerici—Penelope ricorda ai proci la prisca usanza di chi agognava le nozze di una donzella « Costui manda, ella dice, in casa della sposa bovi, pingui greggi e ricchi presenti » Medesimamente si lagna che i suoi proci sconvolgevano quest'antica costumanza — Odyss. lib. XVIII. vs. 274. Possono vedersi altri luoghi di Omero (Odyss. lib. VI. vs. 154, lib. XI. vs. 280, lib. XV. vs. 365 — Iliad. lib. XI. vs. 243 — lib. XVI vs. 178. 190, lib. XXII. vs. 472. — Qui fa mestieri osservare che quando il prefato poeta dà alle donzelle l'epiteto di *polidoros*, debba intendersi questa voce dei doni che lo sposo faceva alla sposa secondo l'anzidetta costumanza — Perciò s'ingannano Eustazio (ad Iliad.) Pottero (Archaeologia Graeca lib. IV. cap. 11.) Guoguet (Origine delle leggi, ec. ec. Parte II. lib. I. art. 8.) e tutti gli altri che pretendono doversi intendere dei doni che la sposa seco portava dalla casa paterna — Nel manoscritto Omerico che prima apparteneva al vescovo Giov. Moro in vece di *πολυδωρος* sta *πολυδινος* che significa-

be per isposare allo sdegnato Achille sua figliuola, e dargli non solamente ciò che avrebbe dovuto ricevere d'Achille, come sposo della figliuola, ma sopraggiungerci anche i *meilia*. I doni dello sposo consistevano spesso in bestiame, e perciò le spose diceansi *alfesibie*, cioè ritrovatrici di bovi o di altro bestiame (1).

§. 187. In grave errore cadono coloro che dai costumi di un secolo o di una nazione vogliono giudicare della indole e dei costumi di altri popoli e di altri tempi. Gillies è appunto un di coloro che incorsero in questo fallo. Dal perchè presso molti popoli di Europa gli sposi sogliono farsi doni vicendevoli, e gli s'indusse a credere che così parimenti fosse andata la bisogna presso i Greci (2). Se questo scrittore avesse ben addentro guardato la indole degli antichi popoli per analizzarne i costumi sarebbe andato lungi da questo errore. Non i Greci solamente, ma tutti gli altri popoli ancora che ritrovavansi in egual condizione di sociale umanità praticarono lo stesso, come i Cantabri (3) i Germani (4) i Senesi (5).

va i regali fatti dallo sposo alla sposa. La stessa voce *κολυδωρος* è interpretata nel senso mentovato pocanzi da un antico Scolia-
ste di Omero (ητοι πολλὰ δώρα λαβουσα πικρα του μνηστευσταμενου) Iliad. lib. VI. vs. 394.— Può vedersi anche Teocrito. — Idyll. 27. vs. 32.

(1) Veggasi l'antico Scolia-
ste di Omero ad Iliad. lib. VI. vs. 236. lib. t8. vs. 593—*Αλφεσιβοικι ευρισκονται, κτημεναι και περιε-
τουσσι εχουσις εδνα πολλων βοων αξια.*—Veggasi inoltre l'Inno a Ve-
nere vs. 119. e Pausania (lib. IV. cap. 36. Aristotile chiama
semplice e rozza l'usanza dei Greci nei tempi Eroici di comprare
le mogli — Polit. lib. II. cap. 8. — Veggansi altri esempi in-
numerevoli di popoli presso i quali regnava la medesima costum-
anza in Alessandro di Alessandro—*Dies Geniales* lib. IV. cap.
8. vol. 1.

(2) Gillies — Storia della Grecia antica cap. 2.

(3) Sirab. Geograph. lib. III.

(4) *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.* Tacit.
De Morib. Germ. cap. 18.

(5) Maffejus, Mendoza, Bernegger nelle annotazioni al testè
trascritto luogo di Tacito.

§. 188. Al *mefio* i Longobardi aggiunsero il *morgengaba* cioè il dono matutino che offrivasi dallo sposo alla sposa dopo la prima notte del matrimonio (1).

Al *mefio* seguì il donativo per *lazzi* e *spille* e l'*antefato*, cioè il *dotalizio* che doveva espressamente costituirsi per esser dovuto, ed era per legge Longobarda il diritto della moglie superstite di aver l'usufrutto dei beni del marito per quanto ne corrispondesse alla terza parte della sua dote, e di aver la proprietà di detta porzione se dal matrimonio non erano nati figliuoli, ciò che differenziava nei feudi, non avendone la moglie superstite che il solo usufrutto in qualunque caso; qual varietà durò fra noi fino al regno di Carlo II d'Angiò, che col tribuirle in proprietà la terza parte dei beni feudali, se non vi era prole dal matrimonio; concorse improvvidamente a far concentrare in poche famiglie baronali immensi beni. Il dritto sulla prefata porzione dicevasi *terziaria*. Nel nostro regno chiamavasi *quarta*; imperciocchè stabilivasi nella quarta parte dei beni del marito depurati dai debiti; il che durò fin' al vicereame del Duca di Ossuna il quale nel 1617 diffinì un diverso calcolo del donativo e dell'*antefato* giusta la diversa quantità della dote.

§. 189. Non debbesi trasandare una costumanza generale dei popoli, nei quali allentato alquanto il forte dominio, la donna porta una modica dote al marito. Costui debbe dare in pegno per sicurezza della dote uno immobile proporzionato alla stessa. Demostene (2) Lisia (3) ed Arpocratiene (4) ce ne

(1) LL. Longobard. lib. II. tit. 4. Corrisponde al dono *diapartenion* degli antichi Greci, il quale si dava dopo consumato il matrimonio. Il dono dello sposo quando strappava il velo alla sposa dicevasi *anacalypterion*, e quando dovea parlare colla sposa *prosphlhencteron* — Iulius Pollux cap. 3. Segm. 36.

(2) Orat. 2. contr. Onetor.

(3) Orat. adversus Diogen.

(4) Lexicon decem rhetor. v. ἀρποκραται.

assicurano riguardo agli Ateniesi. Per ciò che concerne i mezzi tempi basterà che io cenni l'esempio di Azone Marchese di Este colla figliuola di Rainaldo Principe di Antiochia avvenuto il 1203 (1). A questo fine tendevano le disposizioni legislative nel succennato grado di civile umanità.

§. 190. Riguardo alla dote presso i Romani, ne abbiamo favellato nel capitolo della successione. Or conviene soggiungere che morta la figliuola dotata, il padre di lei ripeteva la dote ch'è le avea concessa, benchè dal matrimonio ella avesse procreati figliuoli (2). Arse, come altrove si è detto fervente disputa per questa legge tra Bulgaro, e Martino. Pomponio ci dice che il padre riacquista la dote per consolarsi della perduta figliuola (3). E per concedersi al padre siffatto consuolo, gli si potrebbe opporre, debbe aggravarsi il lutto di orfani figliuoli che perdendo la madre soffrono anche la trista perdita della sua dote? La ragion della legge sarebbe iniqua. Deve dirsi piuttosto che derivò siffatta legge dal principio di dover tornare a ciascuna famiglia ciò che ne partì per ottenersi viemaggiormente la loro conservazione.

§. 191. Se la donna viene a ripetere la sua dote, ella è preferita agli altri creditori. Se vengono poi i suoi figliuoli, non sono preferiti. Siffatta legge è stranissima, imperciocchè s'è di pubblico interesse « *causam dotis semper et ubique praecipuam esse, cum dotatas esse mulieres ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium* » (4) » è di maggiore pubblico interesse che la dote si conservi ai figliuoli, giacchè fia meglio non aver

(1) Muratori — Antiquit. Estens. tom. 1. cap. 39.

(2) L. 6. ff. de iur. dot.

(3) *Iure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.* ib.

(4) L. 1. ff. Solut. matrim.

prole, che averla infelice, e prostrata nello squalore, e nella indigenza (1). Il legislatore che tribuò tanto alla donna maritata fuo a preferirla contro la sicurezza dei contratti a tutti i creditori antecedenti (prelazione imperdonabile nel dominio moderato e nella forte convenzione, ove debbesi secondare non resistere la buona fede dei convegni e l' movimento delle industrie) che godevano la ipoteca espressa, concedette sì poco ai figliuoli di lei. Ecco l'ondeggiamento tra i rottami di una vecchia legislazione, e l'edifizio crescente di una novella. Il dritto Romano sulle materie dotali fu molto stazionario, anzi dette passi retrogradi non ostante il progresso della civiltà sociale, e non mancano storici che attribuiscono siffatti privilegi smodatamente compartiti alle donne da Giustiniano ad una cicca indulgenza verso la moglie di lui Teodora (2).

§. 192. Nella epoca di forte convenzione vi ha dote, e signoreggia il regime della comunione tra i coniugi; quasi si trasformano le donne maritate in mercantesse, si distrugge ogni ostacolo allo ingrandimento ed alla ruina delle famiglie, nel cui desolante naufragio non resta tavola alcuna di salvezza. Eneccio osserva acutamente che mal si appose Cesare quando scrisse che presso i Galli (3) le donne portavano la dote ai mariti, ed eravi tra loro comunione di beni. Costui avvezzo alle leggi Romane, nelle quali a suoi tempi cominciava a introdursi sif-

(1) §. 29. Instit. de Action — Novell. 61. §. 4. in fin.

(2) Procop.—Anecd. Colla l. 30. C. de *jur. dotium* si disse che delle cose dotali sì mobili che immobili il dominio naturale rimaneva nella moglie, alla quale compete doppia azione, quella *in rem*, quasi *in rebus propriis*, e l'ipotecaria, con cui preferivasi a tutt' i creditori, *ut mulieri plenissime consulatur. Datur actio in rem*, sebbene *legum subtilitate transitus earum (rerum dotalium) in patrimonium mariti videatur fieri*. Veggansi ancora la l. unic. C. de rei uxor. act. la l. 12. Qui potiores in pignore.

(3) De Bello Gall. lib. VI. cap. 19.

fatto sistema, si avvisò che fosse dote ciò che non era che dono scambievolmente tra gli sposi. Quanto egli asserisce solo può dirsi di quei Galli imbevuti di costumanze Romane, non già di quei ch'erano di recente conquisto, o non ancora soggiogati. I Galli ed i Germani che vantavano la stessa origine ebbero costumi simiglianti (1). Se vi ha comunione di beni nel forte dominio, deve dirsi impolitica e dannosa. Eneccio sforzasi in dimostrare ch'ebbe luogo presso quasi tutte le nazioni Germaniche dei mezzi tempi, ciò che potrei confutare con esempli luminosi de' Longobardi e di altri popoli. M'anche nella ipotesi che ciò fosse avvenuto, questa difficoltà svanisce tosto che si consideri la pochezza di quelle doti, e che siffatta comunione non potevasi estendere ai beni feudali inalienabili, ai fedecommissi, e sovente anche ai beni avuti che assorbivano quasi tutto il patrimonio immobiliare (2). Comunque però la bisogna fosse andata, non vi ha dubbio che siffatto metodo è un'assurdità sociale pericolosa nel forte dominio, in cui la potestà maritale è immensa e le donne son soggette a perpetua tutela, anzi a schiavitù; e guai per le medesime se l'avidità maritale non fosse potentemente contenuta dalla inalienabilità delle doti. Il sistema della comunione dei beni non può competere in certa guisa che ad un popolo assai commerciale. Perciò non conviene alla indole del nostro paese eminentemente agricola, ove regnò sempre e regna tuttora il sistema dotale. Nella dominazione francese in cui questo era eccezione, e la comunione de' beni regola, assai poco ci siam valuti della regola, e si stipulò quasi sempre tra gli sposi di vivere colla eccezione, cioè col sistema dotale. I nostri legislatori del 1819 saggiamente convertirono la regola in eccezione, e la eccezione in regola.

(1) Hein. Elem. Iur. Germ. lib. 1. tit. 10.

(2) Idem ib. lib. 1. tit. 12. §. 288.

CAPITOLO XI.

DELLE DONAZIONI

- §. 193. Riepilogo delle cose dette finora intorno la donazione nei capitoli antecedenti.
- §. 194. Benefizio della *competenza* appo i Romani, usufrutto del donante presso i Longobardi.—Divieto di donar tutto sotto le nostre leggi patrie. — Ragioni di queste leggi. — Legislazione Francese.
- §. 195. Donazioni *antidote* ossia remuneratorie. Non dovrebbero rivocarsi per la sopravvenienza de' figliuoli del donante.
- §. 196. Lo spirito di famiglia e'l favore delle nozze ispirarono talune eccezioni al legislatore francese in materia di donazione.

§. 193. Ho più sopra favellato delle solenni formalità che adoperavansi nelle donazioni dei popoli di forte dominio, e parmi averne spiegata la vera cagione. Inolte ho dimostrato che nell'impero del dominio moderato e della forte convenzione si rallenta la severità delle formole politico-religiose, ed è sufficiente una meno scrupolosa espressione di volontà, sciolta dalle angustie e dagl'impacci dell'antica ritologia. Allora la *scrittura* mezzo possente a conservar sempre viva la rimembranza dell'umano pensiero, ed incancellabili le orme fugaci del suo volere, servir debbe piuttosto alla *prova*, che alla mera *solennità* degli atti. Ho ragionato della inutilità della pubblica e solenne accettazione: ho favellato della origine e progredimento delle doti secondo i diversi stadi della civile umanità. Or poco ci rimane a dire intorno le donazioni.

§. 194. Nel forte dominio non si poteva donar tutto, ma dovevasi ritenere tanto quanto bastava per gli alimenti e spesso anche per l'agiatezza del donante. Di quì surse in favore dello stesso appo i Romani il beneficio della *competenza* ossia del *deducto ne egeat*. Il donante convenuto per la sua largizione non poteva essere astretto a spogliarsi di tutto, e ridursi

alla mendicizia. Un'atto di beneficenza non dovea tramutarsi in sua ruina. S'è turpe convertire il beneficio in mercimonio, è turpissimo poi il controcambiare il nettare della liberalità col veleno della ingratitude. Presso i Longobardi l'usufrutto dei beni donati per *thingem*, rimaneva presso il disponente, e la proprietà ne passava irrevocabilmente al donatario. Sotto l'impero delle nostre vecchie leggi non valea la donazione di tutt'i beni presenti e futuri. *Ratio est*, ci dice uno scrittore, *quia ex tali donatione quis sibi adimeret facultatem testandi, quod leges maxime abhorrent* (1). Era necessario che il donante si riserbasse la facoltà di disporre di una quantità, la quale non poteva esser minore della vigesima parte dei beni donati.

Il beneficio della *competenza* tribuito al donante onora luminosamente la umanità delle leggi anche nel dominio moderato, e nella forte convenzione, e l'articolo 955 del codice civile francese, che obbliga il donatario a prestar gli alimenti al donante è conformissimo allo spirito di siffatto beneficio.

§. 195. Non dovrebbero soggettarsi a rinvoca per sopravvenienza di figliuoli le donazioni *antidote* ossia remuneratorie. La legge non deve fomentare la ingratitude vizio più nefando nella civile società. Vi ha de' servigi interessanti, la cui remunerazione non è protetta dalle leggi positive, ma viene ispirata dalla coscienza, proclamata dalla ragione. Se queste ricompense sono sacre, perchè distruggerle, e così cancellare gli effetti di una santa ed operosa gratitudine (2)?

§. 196. Il matrimonio, questa istituzione che for-

(1) Iulius Clarus lib. IV. de donat. quaest. 19. n. 1. 2 et 8.

(2) Giova premettere che le osservazioni le quali saremo per fare sulla nostra legislazione, si spiegano colla solenne protesta che noi veneriamo la sapienza legislativa che adottò le sue teorie dietro motivi ch' Ella riconobbe giustissimi, e sol vogliamo, che si valutino, quanto filosoficamente possono valere.

ma il baluardo della pubblica e privata morale, e la garanzia delle future generazioni, ebbe sempre dei favori in qualunque stato di civiltà (3). Si distinse tra gli altri il popolo di Roma in largire molti privilegi ai maritati, e moltissimi a chi avesse procreato figliuoli. Le leggi Romane ce ne offrono ad ogni passo bella testimonianza. Il Codice Francese per non distruggere affatto lo spirito di famiglia sì necessario a crear buoni e valorosi cittadini, ritiene il fedecommesso da lui fieramente abborrito, a pro de' nipoti del disponente, o figliuoli dei costui fratelli o sorelle, ristretto però ai soli discendenti di primo grado senza distinzione di sesso o di età. Ritiene ancora la istituzione contrattuale, specie di donazione *mortis causa*, nella quale non si può disporre più delle cose donate che a titolo oneroso. Le donazioni per contemplazione di matrimonio non possono revocarsi per ingratitudine, possono anch'estendersi ai beni futuri, ma hanno bisogno di accettazione. Questi ed altrettali benefizi sparsi per tutto il Codice, il legislatore Francese accordò per incoraggiar le nozze, e fortificar questo nodo da lui convertito in mero contratto civile.

(3) Il primo capitolo dei *Rei* ossia leggi date da Licurgo a Sparta riguarda le nozze, e la educazione della prole. (Plutarco. in vita Lycurgi). I primi paragrafi del famoso Ocello Lucano nella parte politica dell'opera « *Sulla natura dell'Universo* » rivelano lo scopo verace delle nozze — Textus 1. e 2. — Sono celebri le leggi di Atene contro l'*agamia* ossia il celibato, e quelle di Sparta contro i *cagogami* ed *opsigami*, ossia coloro che si maritavano male, o tardi. In Roma i celibi eran'obbligati ad un'ammenda detta *mulcta uxoria*. La legge Papia Poppea pubblicata sotto Augusto, mentre impartiva larghi premi ai maritati, infligeva non lievi pene a coloro che rimaner voleano nel celibato. Filangieri non a torto si duole che siffatta legge riuscì sterile di benefiche conseguenze, e ne allega le ragioni — Scienza della legislazione, lib. II. cap. I.

CAPITOLO XII.

VESTIGI DELLE LEGGI DI FORTE DOMINIO NELLE MODERNE LEGISLAZIONI FRANCESE, E NAPOLITANA.

- §. 197. Vestigio nel codice Francese dell' antico principio Romano — *Nemo potest decedere partim testatus et partim intestatus.*
- §. 198. Perchè nelle leggi Romane il dritto della separazione de' patrimoni siasi con facilità concesso ai creditori del defunto, e con istento, anzi non mai accordato ai creditori dell' erede — Ragione erronea che ne assegna Ulpiano — Se ne adduce la vera causa.
- §. 199. Rigore dell' unità del contesto nel Codice Francese — Testamento *coniuntivo* ammesso altra fiata in Francia — Se oggi dovesse ammettersi a pro dei coniugi poco agiati, e dei genitori che dispongono a favore de' figliuoli.
- §. 200. Rigor della finzione nelle rappresentazioni successorie a qual' inconseguenza conduca.
- §. 201. Vestigio nella legislazione Francese della necessità della tradizione, e dell' antico principio della conservazione de' beni nelle famiglie.

§. 197. *Nemo potest decedere partim testatus et partim intestatus* — Stabilito per inconcusso il principio che il legislatore debbe interpretare non tradire la volontà dei disponenti, apparirà a prima vista che l' articolo 1086 Cod. Franc. ove si dice favellandosi della donazione per contratto di matrimonio. « Nel caso che il donante si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione dei suoi beni presenti, o di una somma determinata su i detti beni, s' ei muore senza averne disposto; la cosa o la somma si reputeranno comprese nella donazione ed apparterranno al donatario o ai di lui eredi » si oppone diametralmente al volere del morto donante, e stabilisce una eccezione mal fondata all' articolo 946 del detto Codice ove il contrario è sancito per massima generale. Ecco un altro favore compartito a siffatta spezie di donazioni a motivo di secondare viemaggiormente i matrimo-

nì; ecco in fine un vestigio del principio surriferito. *Nemo potest decedere ecc.* applicato con poco accorgimento, e con violazione del dritto di disporre, alle donazioni per contratto di matrimonio.

§. 198. Abbiamo veduto precedentemente quale e quanta sia stata appo i Romani la forza della continuazione indefinita della persona del defunto in quella dell'erede. Abbiamo inoltre discusso la genesi e'l progresso del dritto di deliberazione, e d'inventario. Difficilmente accordavasi per dritto Romano ai creditori dell'erede il beneficio della separazione dei beni del defunto da quei dell'erede: con assai facilità poi ai creditori del morto. Siffatto beneficio avrebbe dovuto esser reciproco tra i creditori di ambedue per evitarsi la confusione dei patrimoni che potrebbe nuocere ora agli uni, ed ora agli altri. Il principio intellettuale e severo della continuazione indefinita della persona del defunto in quella dell'erede soffrì in Roma taluni allargamenti; così per l'erede fu introdotto il beneficio dell'inventario per isceverare i suoi beni da quei del morto, e conseguentemente non esser tenuto oltre l'attivo dell'eredità; come pei creditori del defunto fu introdotto il beneficio della separazione. Ma perchè i creditori dell'erede non sortirono dalla equità delle leggi simile fortuna? La differenza di superiorità che intercedeva tra il testatore e l'erede fu la stessa di legislatore e di suddito; questa aura di preminenza legittimava i legati della cosa aliena, e faceva preferire la condizione dei creditori del defunto a quella dei creditori dell'erede; e ciò fu la vera causa di siffatta disposizione, e non quella che Ulpiano ci addita, cioè che debbono questi creditori imputare a sè stessi l'aver contratto con simili persone (1).

(1) *Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum; sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt; nisi si extra ordinem*

Siffatto rimprovero può convenire anche ai creditori del defunto. Ed io credo che malamente si dirigga ad amendue; imperciocchè qualunque sagacia e sicurezza de' più diligenti creditori può venir meno per imprudenza o malizia del debitore, ciò che resiste alla buona fede ed al movimento dei contratti. Tal vestigio dell' antica ingiustizia che sol rispondeva ai costumi del forte dominio, rimase con maggiore inclemenza nel codice Francese, il quale esclude affatto dal beneficio della separazione i creditori dell'erede. E non può forse avvenire che ricco erede sconsigliato o frodolente che abbia dei creditori chirografari, adisca senza beneficio dell'inventario un retaggio gravato di tanti debiti che assorbiscano i suoi beni, e quei del defunto? Qual danno non deriverà ai creditori dell'erede da siffatta confusione?

§. 199. Per serbare l' unità del contesto, la legge Romana vietava che nella formazione de' testamenti si fosse passato ad altri atti. Non era per conseguente permesso il testamento di più persone in un solo atto fuorchè nella sostituzione pupillare. L' osservanza scrupolosa di questa regola nei tempi nostri reca non lieve nocumento. La massima parte degl' individui di ciascun regno è composta di analfabeti, e perciò non potendo servirsi di testamento olografo o mistico debbe aver ricorso al pubblico. Perchè non si permette un sol testamento di due coniugi di tenue patrimonio che spesso atterriti dalla doppia spesa sono costretti a seppellire seco la propria volontà? Perchè tale facoltà non si concede generalmente ad amendue i genitori a pro dei loro figliuoli? Niun danno ed immensa utilità ne deriverebbero. Nè poi sarebbe nuova tal riforma; imperciocchè per una falsa interpretazione della sostituzione

putamus praetorem adversus caliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est; quod non facile admissum est. l. 1. §. 5. ff. de Separat.

pupillare si ammise verso l'ultima epoca dei mezzi tempi per unanime consentimento del foro il testamento congiuntivo anche fra gli estranî, ciò che durò in Francia fino alla ordinanza del 1735 (1).

§. 200. *Rappresentare* nella successione è lo stesso che subentrare in altrui luogo. Vuolsi che siffatto subingresso sia finzione: per avvalorarla si sanziona che niun'uomo vivente possa rappresentarsi. Non basta; conviene che la prefata regola si serbi non ostante qualunque paradosso. Il discendente diredato non può succedere: S'egli sopravvive all'ascendente che direddò, i suoi figliuoli non succederanno; s'ei premuore, succederanno. Non si può immaginare qual diritto possa derivare dalla premorienza del diredato ai suoi discendenti. Egli trasferisce diritti dai quali è scaduto! Il legislatore doveva sacrificare la finzione alla realtà quando faceva d'uopo. O si vogliono salvare i figliuoli innocenti dalla pena dei paterni delitti, e debbonsi salvare intieramente, o vogliansi punire per colpe altrui, (ciò che contiene molta acerbità) e doveva farsi per intimo senso dell'animo, non per rigore e conseguenza di finzioni (2). Altra causa non si saprebbe addurre di questa teoria se non che si rappresenta sempre il morto, non già una persona vivente. Chi ha fior di senno, ne valuti la forza.

§. 201. Ci resta finalmente a favellare di un vestigio nella legislazione Francese della necessità della tradizione, e dell'antico principio della conservazione de' beni nelle famiglie. Al legatario a titolo universale corre l'obbligo di chiedere il rilascio dei beni legatigli agli eredi riservatari; in loro mancanza agli

(1) Peckius de testam. conjug. lib. 1. cap. 43 — Voet lib. 32, tit. 4. n.º 63.

Ulricus Huberus — Praelectiones Iuris vol. 1. — De testam. ordin. n.º 10.

Vinnius Instit. lib. 2. tit. 10. l. 13.

(2) Art. 853 e 666 LL. CC.

eredi testamentari universali, e non essendovi anche costoro agli eredi chiamati secondo l'ordine stabilito sotto il titolo delle *successioni* (1), Siffatto rilascio da domandarsi agli eredi chiamati non legittimati è inutile, e la stessa legge lo confessa troppo chiaramente allorchè dice che i beni del defunto passano *ipso jure* nell'erede o legatario universale senza l'obbligo di chiedere il rilascio quando non vi sono eredi riservatari. Or ciò che sta scritto pel legatario universale, avrebbe dovuto anche stabilirsi pei legatari a titolo universale in mancanza di eredi o riservatari o scritti, tanto maggiormente che oggi cessata la necessità della istituzione di erede, ciascuno può disporre nel testamento di tutto il suo patrimonio con legati anche particolari. Inoltre chiedendosi il rilascio di tutto o parte dell'eredità ai chiamati cui nulla spetta non è lo stesso che dirsi loro » Di grazia rilasciatemi i beni che sarebbero spettati a voi se il defunto non avesse testato » e ciò non è deridere gli eredi chiamati, e spingerli a maledire la memoria del morto ed anche a qualche cosa di peggio? Distruggiamo gli antichi pregiudizi che più non si affanno alla nostra legislazione.

(1) Art. 1011. Cod. Franc.

CAPITOLO XIII.

DELLE CONVENZIONI SECONDO I DIVERSI GRADI DI CIVILTÀ.

- §. 202. Si notano i tratti caratteristici delle convenzioni nel forte dominio.
- §. 203. Antichi vincoli nell' *obbietto* e nel *subbietto* delle convenzioni. — Stranezza di leggi che favorivano la qualità dominicale in danno delle qualità personali.
- §. 204. Col progredire della civiltà il lavoro dell' uomo acquista dignità ed indipendenza. — Se colui che promise un fatto è liberato, offrendo la soddisfazione de' danni ed interessi. — Giurisprudenza dei mezzi tempi. — Opinione dei moderni interpreti del dritto Romano. — Sanzioni dei tempi più culti.
- §. 205. Consorterie delle arti appo i Greci, i Romani, e nei mezzi tempi.
- §. 206. Loro missione e benefizi che arrecarono alla civiltà. — Loro degradazione e monopolio. — Spirito del sistema d' industria secondo Costant.
- §. 207. Magnifiche e severe formalità degli antichi popoli nelle convenzioni. — Nobilissima origine del *giudice ai contratti*, e sua degradazione. — Tarda origine del contratto letterale appo i Romani.
- §. 208. Indole ed esistenza civile dei patti presso i Romani. — Si combatte colla storia l' opinione comune che i patti nudi producessero obbligazione presso i popoli di origine Germanica nel medio evo.
- §. 209. Malleveria vicendevole del signore e del vassallo, e sue conseguenze.
- §. 210. Origine, progressi, estensione, e decadenza del dritto di prelazione nella vendita de' beni.
- §. 211. Confusione della vendita col pegno presso gli antichi Greci, Romani e popoli di origine Germanica. — Bisogno della iscrizione e trascrizione. — Congetture di Peyron riguardo agli Egizi.
- §. 212. Indole e progressi della *insinuazione* appo i Romani.
- §. 213. Apposizione di tavole o colonnette nei fondi gravati da ipoteca presso i Greci. — Costantino, che abolì la legge *commissoria*, vietò apporsi questi segni senza l' autorità del giudice.
- §. 214. Vestigi della iscrizione delle ipoteche nei mezzi tempi. — Come presso noi si occorresse al bisogno della iscrizione e della trascrizione prima del 1809. — Rassegna di varie leggi.
- §. 215. Bisogno della pubblicità delle ipoteche, e delle traslazioni di dominio secondo i vari periodi legislativi.

§. 202. I caratteri per riconoscere le convenzioni di forte dominio possono indursi a cinque. 1. Diffi-

coltà di contrarre. 2. Severità e magnificenza delle formole. 3. Speditezza impetuosa e fiera nell'esecuzione. 4. Licenza privata. 5. Trasmodata prelazione ed energia del dominio.

Favellerò solamente in questo capitolo del 1.^o 2.^o e 5.^o carattere, riserbandomi di ragionar del 3.^o e del 4.^o allorchè parlerò del procedimento civile ove sono naturalmente allegate.

§. 203. In mezzo a tanti beni soggetti a' feudi, enfiteusi, fedecommissi; in mezzo a tanti vincoli della proprietà; in mezzo a tante relazioni di servaggio e di dipendenza; fu troppo angusta la facoltà di disporre, e si poteva ben dire che l'uomo serviva al dominio. Tutte le regioni di Germania che adottarono il dritto Sassone, il quale poteva dirsi la espressione più genuina degli antichi principî di forte dominio germanico, non permisero l'alienazione di alcuno immobile senza il consenso degli eredi legittimi in giudizio, e questa dura impenetrabilità di patrimonio, comune agli Alemanni conservavasi in Sassonia ai tempi di Eimeccio (1). Nei mezzi tempi non vi era cosa più frequente de' fedecommissi (2) ed i patti dotali sulla futura successione erano generali per tutta l'Europa. Presso i Polacchi non potevano legarsi i campi in nessun modo (3). Diretti a proteggere gli eredi e conservare le famiglie erano il *jus protomiseos* nei libri dei feudi, il *retrait lignager* di Francia ed altre nazioni; e le aspre difficoltà nei mutamenti di dominio derivanti dallo statuto inglese delle sostituzioni (4). Le donne, come si è detto altrove, così presso i popoli Europei dei bassi tempi, che appo gli antichi Greci, Romani, ed altri popoli di forte dominio non potevano cou-

(1) Heinec. Elem. juris Germ. lib. 2. §. 162 et 165.—Specul. Sax. lib. 1. art. 52.

(2) Hein. ib. §. 170.

(3) Bodinus de Repub. lib. V. cap. 2.

(4) Hallam — Europa del medio-evo—Vol. 2. cap. 5.

trarre senza l'autorità del perpetuo loro tutore. Era proibito presso noi il comperare per prezzo determinato frutti ancor non raccolti (1). Niuno poteva vendere in paesi altrui animali senza una precedente fede de' decurioni della sua patria, che dimostrasse il dominio, l'onestà del venditore, la specie ed il numero del bestiame (2), mentre poi si permetteva nelle concessioni censitiche di obbligare perpetuamente il proprio corpo a servigi personali ed ignobili. Nei mezzi tempi per tutta Europa gl'omicidii si riscattavano con ammende, ed i furti si punivano col sangue, come si dirà più appresso. Queste cose sembrano paradossi, e sono verità storiche. Presso i popoli di origine germanica assai difficilmente potevansi dare in pegno gl'immobili, e con assai facilità le persone. Di qui surse l'abuso degli ostaggi, e di ciò non contenti i creditori avevano il diritto *manuarium*, di farsi ragione colle proprie mani, diritto pieno di esempli funesti, che durò lungo tempo, e a malo stento potè frenare in un secolo assai più culto l'Imperadore Massimiliano I. (3). Era cosa frequentissima nei mezzi tempi di ridursi in ischiavitù i debitori impotenti (4). Nel forte dominio tutte le politiche e civili istituzioni erano indiritte ad opprimere la libertà dominicale, e si ebbe più riguardo alla cosa che all'uomo.

§. 204. Nel dominio moderato e nella forte conven-

(1) Pragmat. 2. De Empt. et vendit. 3.

(2) Pragm. 3. De Empt. et vendit. 4.

(3) Heinec. Elem. lur. Germ. lib. 2. §. 461, 463, 470. Questo diritto dicesi bestiale da Largio Senatore presso Dionigi di Alicarnasso (Antiq. Rom. lib. VI.) Coloro che si fan dritto colle proprie mani diconsi dagli antichi scrittori Greci, e segnatamente da Esiodo (Opera et dies) *χειροδραί χιροδικοί*.

(4) Murat. Antiq. Italic. Dissert. XIV—Goffredo Malaterra, Storia Normanna lib. 1. cap. 27—Ius Prov. Saxonie. lib. III. n.º 111, 140—Marculf. Formul. lib. II. cap. 36 et 58—Lex Baiuvar. tit. 6. cap. 2. §. 2.—Hein. Elem. lur. Germ. lib. 2. §. 379.

zione si ha più riguardo all'uomo che alla cosa. Quindi anche le speranze son cose commerciabili, tranne quelle dell'eredità per principj di pubblica morale. Nella civiltà delle nazioni eminentemente progredita, il contraente non dovrebbe costringersi al fatto che abbia promesso, ma solamente condannarsi al ristoro dei danni cagionati altrui dal suo inadempimento.

Presso i recenti interpreti del dritto romano si agitò la gravissima quistione « Se colui che promise un fatto, era liberato offrendo la soddisfazione dei danni ed interessi » L'opinione di coloro che sostennero la negativa cesse alla contraria la quale trionfò ragionevolmente (1) dopo le valorose soluzioni di un Cujacio di un Ubero di un Tomasio.

Nel medio-evo prevalse una opinione diversa la qual'era conforme allo spirito legislativo di quei tempi, e non indarno dimostrano Eneccio, e Vinnio che l'uso della regola « *Nemo cogitur ad factum* » non fu mai praticato in Germania (2) ed in Olanda (3). Era riserbato a tempi più colti, e di maggiore sveltezza commerciale il consacrare nei codici siffatta regola, e condurre ad alto grado d'indipendenza le creazioni dell'ingegno e della volontà.

§. 205. La industria dei mezzi tempi primamente manomessa ed avvilita dall'*hominio*, *angarie*, *parangarie* ed altrettali prepotenze; poscia alquanto più libera per l'esercizio delle arti non volgari, s'invi-gorì nella istituzione universale dei corpi di artefici.

Il collegio degli *opifici* presso i Greci si componeva di gente libera, presso i Romani di schiavi; ciò che fu ostacolo potentissimo ai grandi slanci del commercio presso questo popolo che ruppe il corso di civiltà delle nazioni conquistate. Nei mezzi tem-

(1) Heinec. Part. VII. Pandect. §. 18—Veggasi la dissertazione 123 di Tomasio « *An promissor facti praestando id quod interest, liberetur.* »

(2) Idem. — Elem. Iur. German. lib. 2. §. 316.

(3) Vinnius ad Inst. de V. O. §. 7.

pi i collegi delle arti si componevano di ordinario di persone libere od affrancate, il che giovò non poco per alzare un antemurale contro la prepotente oligarchia feudale. Queste congregazioni o per meglio dire fratellanze industriali rappresentavano l'aurora del meriggio sociale, e preparavano l'origine delle compagnie di commercio.

§. 206. Nei mezzi tempi i collegi delle arti costituivano una *casta* mezzana tra il volgo degli oppressi cioè la plebe, ed i baroni; rappresentavano il popolo della barbarie non solo *artisticamente*, ma spesso anche *politicamente*. Firenze, Napoli, Sicilia, per tacere degli altri popoli, ci porgono esempi luminosi, che tra le frequenti lotte della potenza e della industria, della nobiltà e delle arti; queste dominarono per alcun tempo nelle civili concitazioni, e volgari artigiani tennero talora il timone del pubblico potere. Siffatta istituzione dei collegi rilevava la forza del popolo depresso, fomentava lo spirito delle manifatture, riaccendeva coll'aculeo della necessità e poscia della ricchezza e dell'ambizione anime intormentite ed agghiacciate sotto il peso del feudalismo. Egli è vero che in alcuni luoghi l'esclusiva successione, a somiglianza della feudale, nell'esercizio dei mestieri in talune determinate famiglie tarpasse le ali al genio, fomentasse la mediocrità e l' monopolio, e in talune altre regioni l'aggregazione in questi corpi di arte divenisse turpemente mercenaria; ma quale umana istituzione in tempi difficili e nella frequenza di esempi tristissimi potè conservarsi intiera e genuina? I corpi dei mestieri dovevano rappresentare il popolo, e lentamente dirozzarne l'indole, e frenar l'oligarchia feudale: ma questa rappresentanza esser doveva più di direzione che di esclusione, di monopolio, e di lucro. Quando degenerarono da siffatta istituzione originaria, e trasfusero nel proprio seno i privilegi di un'altra natura, cioè del feudalismo, essi non poterono estin-

guere un bisogno, ch'ebbero prima fomentato, e che loro malgrado sempre cresceva di una vita novella creatrice della moltitudine e della bontà delle manifatture. Il genio si sollevò contro la mediocrità; la industria contro la nobiltà; e guai pei privilegi se al genio ed alla industria non si danno larghe risorse. Nel silenzio irrequieto di quei corpi affratellati lentamente si preparava l'origine delle moderne ricche e numerose compagnie di commercio, fenomeno sorprendente del meriggio della forza industriale. Giunta questa epoca le creazioni dell'uomo debbono essere indipendenti.

Nella forte convenzione si tende ad accrescere quanto più si può la disponibilità di qualunque cosa di valore. In un sistema d'industria, dice Constant, le terre divengono in qualche modo *de' pagherò* all'ordine che si negoziano allorchè si può trarre un miglior partito dal capitale da esso rappresentato: giacchè non sono più i capitali che rappresentano le terre, ma le terre che in certo modo rappresentano i capitali.

§. 207. Severe e magnifiche formalità si adoperarono dagli antichi Greci nei loro contratti. Ciò che reputavasi più maestoso e tremendo in cielo in terra e negli abissi invocavasi in celebrare i contratti alla presenza di molti testimoni, fra i sacrifici, le libazioni, e i giuramenti.

Per molto tempo la compravendita ed altre somiglianti contrattazioni presso i Romani dovevansi celebrare come il testamento innanzi a cinque testimoni, l'*antestato* e'l *libripende*, e con molte formalità (1). Io credo che del pari come il testamento non si potè nei primi tempi di Roma contrarre vendita che ne' comizi. Mi spinge a siffatta opinione non solamente la identica metamorfosi del testamento e della vendita, m'ancora ciò che leggiamo praticato

(1) Heinec. Antiq. Roman. lib. III-23. — 2 — lib. II-7-13

presso i popoli di Germania. I Longobardi, al dir di Giannone, faceano passare tutti i contratti, le vendite, i pegni, i testamenti stessi sotto gli occhi, ed avanti i magistrati, ed al cospetto del popolo (1). È noto che presso i popoli Germanici non si potevano alienare immobili che a grandissimo stento col consenso degli eredi legittimi ed in giudizio (2). Cessato il primevo rigore non si poteva alienare che innanzi il Senato o il magistrato, che ne faceva le veci, il quale in mezzo a scrupolosi formolarî doveva accordare la investitura dell' immobile al compratore (3). Il Giudice a *contratti* basso impiego nelle nostre patrie leggi ed in quelle di quasi tutta l'Europa fu posteriormente la smorta immagine del potente magistrato che celebrava i convegni dei privati con tutta la pompa nazionale.

Il contratto letterale che non era circondato dagli scrupoli e dal rigore delle formole non s'introdusse appo i Romani che assai tardi, e confuso dapprima colla stipulazione non se ne rese indipendente che verso i tempi di Giustiniano (4).

§. 208. Gli antichi Romani non davano vigore ai patti se non fossero stati raffermi nella stipola, e questa primamente ebbe bisogno di solenni parole, e di vendita fittizia; o pure non fossero stati aggiunti ai contratti di buona fede *incontinenti*. I patti pretorî e legittimi che poscia si reggevano di per sè furono uno allargamento posteriore dell'antica scrupolosità. I Longobardi, come sopra si è detto, adoperarono la *tünge* nei loro contratti principali, e mal si appone quella schiera innumerevole di eruditi e forensi la quale disse dai patti nudi nascere azioni presso i Longobardi. Non solo i patti nudi, ma nep-

(1) Giann. lib. 5. cap. 5.

(2) Specul. Saxon. lib. 1. art. 52.

(3) Heinecc. Elem. Jur. German lib. 2: §. 96.

(4) Heinecc. Antiq. Rom. lib. 3. tit. 22.

pure le private scritture vi ebbero forza darevole, e conveniva rafferma i patti innanzi al giudice assistito dal notaio; ed apporvisi la *guadia* cioè guarentigia la quale accompagnata dal giuramento tribuiva forza esecutiva all'istrumento (1). Siffatta guisa di contrarre perseverò nel nostro regno fino agli ultimi tempi del secolo scorso.

§. 209. Il signore ed il vassallo dovevano mallevarsi vicendevolmente nei loro contratti. Se ricusava il signore perdeva il dominio diretto del fondo; se poi il vassallo era costui spogliato del feudo, ciò che dicevasi « per *exguardium dissassire* » Il conduttore non poteva sublocare la cosa datagli in fitto senza il consenso del padrone. Nel dominio moderato e nella forte convenzione il fittajuolo suole averne la facoltà, quantunque non fosse espressa nell'affitto.

§. 210. Il retratto chiamato altrimenti *jus congrui* ossia *protomiseos* è il diritto di essere preferito nelle alienazioni delle robe altrui. Abbiain veduto prece-

(1) *Quicumque liber homo sub regni nostri ditione positus, cuicumque amodo wadium dederit, et fidejussorem posuerit in presentia duorum vel trium testium, quorum fides admittitur, in omnibus competere debet. Et si se distulerit, et pignoratus fuerit in his rebus in quibus licitum est pignorare, nullum calumniam qui pignoravit patiat, nam qui sine hac manifestatione pignorare praesumpserit jubemus ut in duplum ipsum pignus restituat* (Lex Liutprandi 12. tit. 21. lib. 2). Da ciò si scorge che senza *wadia* ossia guarentigia non si poteva neanche pignorare dal creditore — Carlo Pecchia dopo aver detto nella *Storia della origine e dello stato antico e moderno della gran Corte della Vicaria* (lib. 1. cap. 37) che i nudi patti producevano azione civile presso i Longobardi, poco dopo (cap. 43 e 44) lungamente e con molta erudizione favella della natura dei patti, della indole e degli effetti della *guada* e dimostra valorosamente che i patti nudi non producevano azione civile duratura se non erano *guarentizzati* ossia *auctorizzati*. La fonte di questo errore universale degli eruditi, che i patti producevano azione presso i popoli di origine germanica è quel luogo di Tacito (*De morib. German.* cap. 24) ove tanto si encomia la fede germanica nell'adempimento delle obbligazioni.

dentemente da che fosse derivato il retratto familiare, e come le nazioni di origine Germanica si distinsero per l'energia, e l'estensione del medesimo. La celebre costituzione *Sancimus* lo estese di troppo accordandolo ai congiunti che avevano beni confinanti con quelli d'alienarsi, ed ai vicini non solo nelle vendite, m'anche nelle concessioni enfiteutiche, e ciò che sembra stranissimo, nelle locazioni, non solo contro i venditori ma eziandio contro i terzi e lor successori (1).

Chi non rammenterà senza indignazione il diritto di preferenza nella vendita dei prodotti provvegnenti da' territori burgensatici o feudali, che usurparono i baroni, e a malo stento repressero molte leggi dei Sovrani di Europa (2)?

Presso noi Ferdinando IV con editto dei 27 genajo 1789 ristriuse il retratto non più tollerabile per la sua violenta energia, e pei costumi già cambiati a due soli casi 1.^o di condominio, 2.^o di congiunzione di sangue *copulativamente* alla vicinanza del fondo: lo concesse agli agnati fino al terzo grado, e n' escluse i cognati. L'accordò pei soli contratti di vendita, e non già per l'enfiteusi e gli affitti a lungo tempo (3). La francese legislazione l'abolì, attribuendo solo la prelazione agli eredi nella vendita dell'eredità non ancora divise per allontanare gli estrani dagli arcani delle altrui famiglie; ed ai contenenti nelle vendite di cose litigiose per torre di mezzo la iniqua speculazione delle liti, ed evitare che

(1) Giannone dimostra valorosamente che la costituzione *Sancimus, de jure protoruriseos* inserita nei libri dei feudi insieme alla novella di Romano *Lecapede* o *Lecapeno*, come altri dicono, sia una costituzione augustale di Federico I. Barbarossa, non già del costui nipote Federico II com' erroneamente si avvisano i nostri dottori—Giann. lib. 13. cap. 3. §. 2.

(2) Winspeare — Introduzione alla Storia degli abusi feudali not. 145.

(3) Dispaccio dei 5 maggio 1792.

ad un povero e debole litigante si opponesse un ricco e potente.

Rimane ancora presso varie legislazioni Europee il dritto di preferenza nella vendita del dominio diretto ed utile dell'enfiteusi.

§. 211. Come agli antichi Greci e Romani, così era comune ai popoli di origine germanica la confusione della vendita col pegno. Il creditore cui si consegnava uno immobile per sicurezza del suo credito, ne diveniva padrone, e ne percepiva i frutti finchè non venisse soddisfatto dal suo debitore (1). Abbiain dimostrato che l'alienazione facevasi con tanta pompa e pubblicità ch'era difficile ignorarsi. Allorchè decadde la magnificenza e la solennità delle formole nell'alienazione degl'immobili, e la natura delle vendite venne a sceverarsi dai pegni, surse il bisogno d'iscrivere e trascrivere (2).

Amedeo Peyron congettura con validi argomenti e colla face dei papiri Greco-Egizi l'uso di un doppio registro pubblico nell'antico Egitto, in uno dei quali si dovevano cennare tutt' i contratti celebrati secondo gli antichi usi Egiziani e nell'altro tenute dagli appaltatori dei pubblici tributi si dovevano menzionare tutti gli atti pei quali si variavano le ragioni di dominio (3).

§. 212. Grenier nella introduzione del suo trattato sulle ipoteche discorre lungamente le varie guise, onde si occorreva al difetto delle iscrizioni presso i

(1) Hein. Element. Iur. German. lib. 2. §. 323.

(2) Nei mezzi tempi presso tutte le nazioni di Europa il mutuo vestiva la indole e i fenomeni della compra vendita, e ciò non solo nella compra di annue entrate (allorchè non serbavansi le regole delle Bolle Pontificie), ma anche in altre spezie di contrattazioni. Il creditore acquistava il fondo del debitore; costui poteva redimerlo spesso a *quandocunque*. Sovente il fondo venduto rimaneva presso il debitore che lo possedeva non più come domino, ma come fittajuolo.

(3) Antologia di Firenze — Ottobre 1828, ove si favella di alcuni lavori sulle leggi Egiziane, che non si erano ancor pubblicati.

Greci, Romani e varie nazioni settentrionali. Noi dobbiamo aggiungere poche altre cose intorno la trascrizione presso i Romani.

Insinuare appo costoro era lo stesso che trascrivere negli atti pubblici, *publica gesta*, *publicam testationem*, *publica monumenta*, (1). Le donazioni che si facevano in città dovevano insinuarsi negli atti del maestro del censo, supremo esattore dei tributi; le donazioni che si facevano in provincia negli atti dei *defensori delle città*. Poscia per legge dell'imperadore Anastasio (2) fu ordinato che tutte le donazioni sia della capitale sia delle province s'insinuassero negli atti del maestro del censo. Gotofredo (3) e Cujacio (4) ci conservarono le formole della insinuazione. Le parole di Arcadio e di Onorio (5) « *Testamenta omnia caeteraque quae apud officium censuale publicari solent* » ci avvertono ch'era solito trascriversi in questi atti non solo le donazioni e i testamenti m'ancora tutte le altre traslazioni di proprietà, permuta, quietanze, tradizioni ec. (6).

§. 213. Sotto l'impero fu molto mitigata l'asprezza del forte dominio. Costantino abolì nei pegni la legge *commissoria* (7), e in un titolo a parte nel codice si proibisce di apporsi segni (tavole o colonnette) esprimenti la soggezione del fondo alla ipoteca tanto frequenti appo i Greci che li chiamavano *ori* (οροι) (8) senza permesso del giudice. Questi furono due colpi tremendi contro la privata licenza

(1) Iosephus Lud. tit. de donat. concl. 2.

(2) L. 32. C. de donat.

(3) Sotto la leg. 23. C. de testam.

(4) 4. Sentent. Paull. 6. §. 1.

(5) 1. 18. C. de testam.

(6) Savigny.—Storia del dritto romano nel medio evo—vol. 1. cap. 2.

(7) L. 1. C. de pact. pign.

(8) Dell'uso delle colonnette di pietra presso i Greci per distinguere gl'immobili ipotecati favellano tra gli altri Polluce, Onomastic. lib. III. cap. 9. Segm. 85. — Suida v. οροι.

dei creditori ch'era dapprima così feroce ed intollerante.

§. 214. Molti vestigi della iscrizione delle ipoteche noi troviamo nei mezzi tempi. In Prussia era nulla l'ipoteca se non s'iscriveva in un libro pubblico della rispettiva giurisdizione (1). In altri luoghi di Germania si esigeva il consenso del Magistrato (2).

È dunque falso ciò che dice Ulrico Ubero (3) che questo catalogo era a tempi suoi « *juris Frisici peculiaris observatio* » cioè che per solo dritto Frisico l'ipoteca posteriore inserita in un pubblico registro delle ipoteche era preferita alla ipoteca antecedente per ordine di tempo benchè stabilita in pubblico istrumento.

Nel nostro regno fin'a 3 gennaio 1809 si concesse l'azione ipotecaria non solo allo istrumento (4) m'ancora alla carta scritta da altri, e firmata dal debitore e tre testimoni (*chirografo*) ed alla carta scritta e sottoscritta dal debitore e firmata da tre testimoni (*idiochiro*). Se il chirografo o l'idiochiro avessero data anteriore di registro all'istrumento pubblico antecedente, erano preferiti allo stesso se fra due mesi non si fosse registrato nell'archivio generale stabilito a 30 luglio 1786 (5). Nei domini al di là del Faro costumavasi il famoso privilegio delle strade di Toledo e Macqueda, cui diede origine la costruzione della via Toledo in Palermo sotto il Vice-reame di D. Garzia Toledo; e che fu poi rifermato

(1) Heinecc. Elem. Iur. Germ. lib. II. §. 5. (*Kon Preuss. Hypotek. Und. conc. ordn.*)

(2) Item ibid. lib. II. §. 464.

(3) Praelectiones vol. 3. lib. XX. tit. 4. §. 28.

(4) Pragmatiche di Filippo III. e Ferdinando IV.

(5) Nel nostro regno, per tacere degli altri popoli, i beni feudali non potevano sommettersi ad ipoteca senza l'assenso del domino diretto. Siffatto assenso per dissipare le tenebre degli inganni si registrava in futura memoria della cosa dal Segretario del Regno (Pragm. 8. de officio Segret.) nella cancelleria reale; in processo di tempo si registrò nella real camera.

dal Vicerè duca di Macqueda. Il compratore previa citazione per editto di tutti gli aventi ragione alla cosa venduta per tagion dominicale o creditoria, in costoro nome faceva deposito del prezzo, che liberavasi elasso un biennio ai comparsi. L'acquisto era immune da ogni molestia tantopiù che avvaloravasi siffatto privilegio da una cedola detta di salvaguardia o di *verbo regio*. Ma prima di questo metodo regnava in Sicilia il sistema d'insinuarsi cioè notarsi le donazioni presso gli atti della corte *giuratoria* del luogo, ove celebravasi il contratto; ed a questo registro a poco a poco vennero soggettate le *soggiogazioni*, cioè censi consegnativi, i testamenti, codicilli, e qualunque altro atto contenente vincolo di beni, cancellazione o redenzione di censi lollari; ed eran nulli quegli atti pei quali richiedevasi e non si adempiva la insinuazione, la quale, siccome unanimamente affermano i trattatisti del dritto Siculo, mirava a prevenir le frodi che si macchinassero a danno dei terzi (1).

§. 215. Riepilogando le nostre idee conchiuderemo che nel forte dominio la pubblicità delle ipoteche e delle traslazioni di dominio sta necessariamente nella indole genetica e fenomenica dei contratti, cioè nel solenne apparato delle formole, di cui le convenzioni son circondate, e senza le quali non possono rivelarsi al di fuori.

Nel dominio moderato tal pubblicità può perigliare talvolta per gl' innumerevoli andirivieni onde lo

(1) Cap. 61 del Re Ferdin. II.—Pragm. Duc. Sermon. §. 17. Pragm. Comit. Castr. §. 2 — Veggasi negli annali di *Legislazione e Giurisprudenza* di Napoli anno 1.^o fascic. 1.^o l'articolo di Antonino Tortora, ove premessi gli opportuni chiarimenti sull'antico sistema ipotecario delle due Sicilie propone utili miglioramenti al sistema di trascrizione ed iscrizione stabilito dal Codice regnante.

Sui verbi regi e sulla forma della vendita *statutaria* in Sicilia veggasi Amorosi—Repertorio Giudiziario. V. assenso regio.

spirito d'industria cerca di affrancarsi dalla tirannia del dominio ; ma nella forte convenzione ove lo spirito stesso è di per sè forte abbastanza , e sono immensament' estese le sue relazioni , si accresce il bisogno di un catalogo pubblico per la solenne manifestazione delle ipoteche e dei passaggi di dominio.

CAPITOLO XIV.

CONTINUAZIONE DELLA MATERIA PRECEDENTE.

- §. 216. Genesi filosofica e storica dei contratti—Come l'*estensione* dell' autorità pubblica sia in ragion reciproca della sua *comprensione*. — Confusione delle idee convenzione privata ed alleanza nelle prime voci.
- §. 217. Osservazioni su taluni contratti. — Vendita delle regalie e delle cariche. — Di quali danni , e di quali vantaggi fossero feconde nei diversi gradi di civiltà.
- §. 218. Genesi e progresso della locazione-conduzione. — Appalti. — Se convenga dare in fitto le imposizioni dello Stato. — Opinione di Montesquieu combattuta da Say.
- §. 219. Origine e progressi del vitalizio. — Suoi tratti caratteristici nel forte dominio e nella forte convenzione.

§. 216. Le convenzioni e le alleanze non ebbero dapprima alcuna differenza , e così doveva intervenire nelle primitive riunioni dei padri di famiglia in civil comunanza , i quali ritennero appo sè molte prerogative di sovranità. Quindi derivò che poca e fievole era l'autorità pubblica la quale non consisteva che nella massa indefinita delle singole forze familiari , intorno cui materialmente si volgeva. Essa non invigorì che in ragion diretta dell' ingegno umano ; e siccome questo a forza di astrarre dalle confuse e molteplici determinazioni individuali formò le spezie ed i generi , e tanto le idee generiche sono più semplici quanto è maggiore la loro estensione , e minore la comprensione , così a forza di astrarre dalle indefinite forze materiali venne a sceverarsi e diffinirsi la vera autorità pubblica. Io dissi

che quanto è maggiore la sua *estensione*, tanto è minore la sua *comprensione*, imperciocchè giunta l'autorità pubblica all'apogeo di sua maturità e posanza, moltiplica le sue relazioni generali, e non discende più nei minuti dettagli delle faccende dell'individuo e della famiglia, o se vi discende, lo fa con norme universali e regolamentarie. P. e. Essa darà le regole pei testamenti, ma non v'interverrà con tutta la pompa e la dignità di sua rappresentanza politica, come interveniva nei primi testamenti Romani. Anche raggiunto questo scopo, ciò che suole succedere dopo varie vicissitudini, e dopo più sette di tempi, per servirmi di questa frase di Vico; appo tutte le nazioni di forte dominio troviamo nella *propria* significanza delle parole una verità molto luminosa ed universale, cioè di esprimersi indistintamente convenzioni private ed alleanze colle stesse voci. Così *conventio* e *foedus* presso i Latini; *armonia*, *sinfonia*, *orcia* *sintesi*, *sponde*, *omologia*, ed altri vocaboli presso i Greci (1) dinotarono convenzioni private ed alleanze.

(1) Nella convenzione può riguardarsi dapprima l'uniformità de' sentimenti nell'animo di chi contrae; secondamente l'uniformità dell'espressioni segni di questi sentimenti; di poi l'accordo o convegno tra più persone, conseguenza di questa doppia uniformità; e da ultimo il complesso delle varie guise onde dar forza ed assicurare l'adempimento delle contrattazioni. Nel primo rapporto i Greci dissero la convenzione *armonia* (Hom. Iliad. lib. XXII. vs. 255.) Nel secondo rapporto *sinfonia* (Hesych. V. συμφωνία): nel terzo rapporto diceasi *sintesi*, o *sintesia*, e siccome le formole onde assicuravansi e si rendevano solenni le convenzioni per lo più si riducevano a due, cioè libagioni e giuramenti, il contratto si disse ancora *sponde* e *orcia* (Iliad. lib. XXIII. vs. 265.) Vossio nell'Etimologico della lingua latina vuole che *spondeo* de' Romani derivasse da σπονδα greco, imperciocchè prima in σπονδῇ spondebant. Dice Festo—*Verrius sponsam ex graeco dictam ait, quod ii spondas rebus divinis interpositis faciant*—Vossius v. *spondeo*—Di siffatti giuramenti e libagioni Omero ed altri antichi scrittori spesso favellano parlando delle convenzioni. Hom. Odyss. lib. XIV. vs. 331. Iliad. lib. III. vs. 276. Eust. dict. loc. Iliad.—Herodotus,

§. 217. Troppo lungo sarebbe il percorrere partitamente ciascun contratto, e noi così non faremmo che ripetere cose già dette più volte. Percorreremo dunque brevemente taluni dei contratti sui quali ci è sembrato non essersi troppo ben meditato antecedentemente.

La cessione ossia vendita in *solutum* dei rendimenti doganali tanto in voga presso noi negli ultimi secoli era comportabile nei tempi in cui s'introdusse; quando l'oligarchia feudale imbalanzita da tante franchigie si era resa così formidabile che troppo siewoli penetravano sui campi feudali i raggi del supremo potere; quando le inique prerogative della classe avevan tolte al pubblico erario le più giuste regalie; quando infine il Re doveva inchinarsi a chieder doni, non già contribuzioni. In tale

Histor. lib. VI. cap. 86. §. 2 e 3—Hesiodus, Opera et dies, vs. 801.—Orpheus, Argonautica vs. 345 et sqq. — Dionys. Halicarnass. Antiquit. Rom. lib. VI. cap. 84. — lib. II. cap. 75.

Le convenzioni ch'erano dapprima avviluppate confusamente in un gruppo si sciolsero a misura che crebbero i bisogni e progredi la coltura delle nazioni; se ne circoscrisse l'indole, e se ne determinarono gli effetti. Così le voci indicanti permuta uno dei contratti primitivi del genere umano, presso i Greci (*αμείβειν* *πραΐσθαι*, *ἀλλασσειν*, *συναλλάττειν*) furono, introdotta la moneta come denominatore comune del valente delle cose, adoperate ancora per significare la compravendita, il che avverte Cujacio dietro la scorta dei Greci scrittori e Scolasti (in lib. XXXIII. Paul. ad Edict.) e le voci greche e latine adoperate prima per indicare un uomo abbondante di ricolti, furono poscia adoperate per significare un uomo denaroso—Hom. Iliad. lib. I. vs. 171 — Odyss. lib. XVII. vs. 423.—Hesiod. Opera et dies, initio—Diodorus Siculus, biblioth. historica lib. V. cap. 49 e 77. lib. III. cap. 62 — Isidorus, Origin. lib. XVI. cap. 17 — Scaliger. ad Festum. in v. *pecunia* — Vossius etymol. v. *pecunia*—Bochartus, Hierozoicon lib. I. cap. 3 — Columella de Re Agrar. praef. lib. VII. — Festus v. *apis*.

Sulla origine della moneta veggasi l'opera del nostro famoso Galiani — *Della moneta* — cap. I. e Calmet nella dissertazione — *Esame intorno l'antichità delle monete coniate* — scrittori di vasta erudizione, e di purgato discernimento.

condizione di privata potenza e di pubblica debolezza come occorrere ai bisogni dello Stato? Si vendevano le regalie, le cariche premio della virtù e della fedeltà si prostituivano al mercimonio, si creavano cariche novelle, e si commettevano altr' innumerevoli abusi. Ecco il perchè negli scorsi secoli presso noi e le altre nazioni di Europa, gli uffizi non solo si alienarono, ma vennero ancora concessi in *allodio* per sè e suoi eredi in perpetuo (1).

La concessione de' feudi e dei titoli pomposi di feudalità ch'esser doveva il premio dell'ingegno, o di utili e gloriosi servigi, fu tra noi sotto i Vicerè il prezzo di vendite indecorose. Tal novella costumanza nocque al governo per diffamazione di venalità, nocque all' antica istituzione de' feudatari, e coll' innumerevole e sordido stuolo de' nuovi nobili corruppe l'antica fama e la secolare venerazione che tribuivasi ai baroni: giovò alla civiltà e progresso dei popoli; imperciocchè si dispregia sovente ciò che diviene troppo comune, e conquistabile coll'oro. Se l'odio fa detestare un'opera, il dispregio la prostra e l'annienta. Il giusto dispregio è spesso l'aurore di novello e più splendido giorno nell'orizzonte della umanità.

Se fu comportabile l'alienazione di queste sovrane regalie in quell'epoca, diviene insopportabile ed impolitica, quando sulle ruine degli Aristocrati feudali, già distrutta l'odiosa distinzione delle classi si rialzò potente vigorosa e brillante la pubblica dignità.

Nell'occupazione militare si trovò presso noi un nodo troppo intrigato, non si volle sciogliere, fu tagliato dalla spada francese. Allora tutta la terra taceva innanzi al figlio della vittoria.

§. 218. La locazione conduzione venne assai dopo

(1) Giann. lib. 30. cap. 3. — Botta, Continuazione del Guicciardini lib. 21.

la compravendita e l'enfiteusi. Noi qui non ripeteremo ciò che altrove abbiain detto, essersi nei tempi così della primeva come della ricorso barbarie confusa la locazione coll'enfiteusi, scambiandosene fin' anche le voci. Di ciò luminoso esempio cen porgono le Tavole Eraclesi illustrate dall'eruditissimo Mazzochi; e nei bassi tempi chiunque ha volto lo sguardo a quelle leggi conosce che la locazione germanica si confondeva coll'enfiteusi, siccome tra gli altri scrittori dimostra valorosamente Eineccio. Nella coltura dei popoli la locazione conduzione fu circoscritta nei suoi giusti confini, e si sceverò dalle altre convenzioni a lei simiglianti.

Seguono le locazioni di opere e gli appalti (1). Il travaglio appo i Romani era ordinariamente il miserabile retaggio degli schiavi—*Vincti pedes, damnatae manus, inscripti vultus*—ecco coloro cui si confidavano i lavori. Spettava a secoli più culti il proclamare la dignità e 'l valore dell'opera umana, e calcolare i prodigi delle sue creazioni.

Non debbe qui trasandarsi l'antica ed universale costumanza di commettersi a privati gli appalti delle opere e dell'entrate pubbliche, politica misura non disgradata da qualche moderno pubblicista, e segnatamente da Montesquieu quando impongonsi balzelli a popoli di recente conquisto (2) o trattisi di esigere una nuova imposizione. L'interesse privato, si dice, preverrà tutt' i sutterfugî, vincerà ogni ostacolo, che si opporrà a tale riscossione. Ma in contrario osserva Say che ciò sarebbe una veduta Macchiavellica nell'interesse di coloro che vivono sopra i sudori

(1) I Romani riconobbero assai bene la locazione per *aversionem* detta dai Greci del basso impero (*εν κοττω*) *en cotto alea*, donde può trarre con assai semplicità l'etimologia la nostra voce italiana — *cottimo* — Cujacius, *Observat. lib. VIII. cap. 15.*

(2) Montesquieu — *Esprit des lois* liv. XIII. chap. 1 — Say, *Cours complet d'Economie politique pratique* — Part. VIII. ch. 7.

del popolo. Di fatti l'appaltatore si studierà di estendere per quanto gli è possibile il nuovo balzello, ed i contribuenti oltre il nuovo peso saranno costretti a soffrire le potenti asprezze della privata ingordigia.

§. 219. Il vitalizio confuso dai Romani nell'ampissima significanza e natura dell'usufrutto e degli alimenti, nella ricorsa barbarie de'mezzi tempi si divelse dalla indistinta comunanza del genere, ed acquistò nome ed indole speciale. Nel forte dominio era convenevole a quella condizione di civiltà che i beni restassero nelle rispettive famiglie, e che perciò molto si concedesse ai figliuoli, poco alle figliuole. Nell'applicazione di questa regola si trasmodò. Figli di ambob i sessi vennero tutti sacrificati alla superbia dello splendor familiare; ed alla grandezza del solo primogenito. I *cadetti* dovevano contentarsi di un livello sovente assai modico di rincontro alla immensa fortuna del fratello maggiore. Spesso le figliuole volenterose o malvoglienti erano ristrette nei chiostri, e dovevano contentarsi di una pensione annuale (1). Di qui l'origine del vero vitalizio nel forte dominio quando superbi e crudi signorotti per serbare intero l'avito patrimonio al primo disceso dei loro magnanimi lombi, non si curavano che gli altri figliuoli fossero gettati nel tristo squallore della miseria, e spesso de' vizii; quando padri improvvidi e disumani per non dar marito e dote alle volenti figliuole, si avvisavano con altiera e feroce ignoranza che strascinandole non volenti nella solitudine dei cenobi le avrebbero schiuse le porte del paradiso—Ecco come si abusava di una religione ch'è tutta carità! Di quanti delitti dei nostri maggiori

(1) Card. de Luca de regalibus disc. 31. l. 2. — Lo stesso scrittore adduce un esempio di vitalizio derivante da donazione, e ch'egli chiama singolare e curiosissimo, « *curiosissima quidem species donationis, et causa singularis* » Pars. 1. de Donat. discurs. 61. 2.

non deve arrossire la nostra età più culta e meno aristocratica!

Nella forte convenzione ove lo spirito estuante e trasmodato di speculazione attuta l'idea di proprietà, il vitalizio trova anche il suo luogo benchè raramente. Fin dalla metà del penultimo secolo in Venezia, Genova, Olanda, il contratto di vitalizio divenne una speculazione mercantile, una sorgente di ricchezze, che si è negli ultimi anni non poco inaridita. Meritano di essere accennate le *Tontine* inventate da Leopoldo Tonti napoletano, e che nel 1553 furono introdotte in Francia per opera del sopra-intendente delle finanze Fouquet. Tal sistema di vitalizio è il più innocente, che poco richiede per conseguire il dritto a somme considerevoli dopo un determinato spazio di tempo (1).

(1) Bianchini—Principi del credito pubblico. Cap. 2. sez. 3 e 4.

CAPITOLO XV.

BREVI OSSERVAZIONI SUL COMMERCIO ANTICO E MODERNO.

- §. 220. *Curiosità, pudore, bisogno*, principi delle scienze, della morale, delle industrie. — *Autorità di dominio*, di *tutela* e di *consiglio* che spiega il governo — Passioni elementari della *milizia*, della *mercatura* e della *corte*. — Imposizioni. — Idee di Vico sull'agricoltura.
- §. 221. Problemi principali dell'Economia sociale, infinita messe di litigi fra diverse opinioni.
- §. 222. Commercio dei Fenici, dei Greci e dei Romani. — Perché questi ultimi non si dettero a vaste speculazioni commerciali.
- §. 223. Progressi del commercio nei mezzi tempi. — Scoperta della stampa, delle Indie Orientali ed Occidentali — Invenzione delle armi da fuoco.
- §. 224. Nuove conquiste. — Guerre tra i popoli Europei. — Impero Indo-Britannico. — Novelli ritrovati. — Piroscali ed altre macchine a vapore.
- §. 225. Voti e sforzi della umanità. — Lotta antichissima tra i proprietari e i coloni, tra i grandi capitalisti e gli operai.
- §. 226. Deliri demagogici di Owen e dei socialisti.
- §. 227. Feudalismo ancor potente in Inghilterra. — Influenza del blocco continentale di Bonaparte sull'Europa.
- §. 228. Miglioramento dei popoli Europei. — Loro timori e speranze. — Sforzi per migliorar la classe degl'indigenti.

§. 220. L'acuta mente di Vico in poche linee ci svelò l'origine delle arti e del commercio, e ci additò la missione augusta del governo in far servire alla pubblica felicità le passioni dell'uomo che lasciate in propria balia sarebbero il flagello e la desolazione della società. Come nella *curiosità* avea ritrovato l'origine delle scienze, e nel *pudore* i principi della morale; nel *bisogno* rinvenne l'origine delle arti e delle industrie, e con questa *triade* meravigliosa ei diè ragione a sè stesso di tutti i fenomeni intellettuali volitivi e materiali della società, e circoscrisse nel mondo delle sensazioni il *nosse velle e posse* finito del genere umano — E poscia mostrando come una triplice *autorità* cioè di *dominio*,

di *tutela* e di *consiglio* si spieghi dal governo nel costruire moderare e difendere i varî elementi che stabiliscono il benessere pubblico, ci svela come l'arcana filosofia dei primi legislatori profittando della volgare *ferocia*, *avarizia* ed *ambizione*, ne fece la *milizia*, la *mercatura* e la *corte*; e così la *fortezza* la *ricchezza* e la *sapienza* degli stati; e come poscia concorrendo l'agiatezza particolare delle famiglie e degl'individui alla floridezza delle nazioni, le potestà civili dispongono nei pubblici bisogni di ciò che dai fondi *provviene*, nei fondi si *sostiene*, coi fondi si *mantiene*. Secondo costui l'agricoltura è la base della piramide industriale. *Dis* è il Nume della terra e della ricchezza. Quindi la favola di Plutone con Proserpina.

§. 221. Donde siam partiti, a che siam giunti nel commercio, quali saranno i destini della proprietà e della speculazione mercantile? L'una distruggerà l'altra, o soccorrendosi entrambe, cospireranno magnanime all'identico scopo della felicità sociale? Dovranno i governi ingerirsi in tutte le industrie, sottometterle a regolamenti, mostrarsi per ogni dove come la divinità di Omero, o devono in vece farsi dimenticare e lasciar che l'interesse privato si spieghi libero ove il guadagno lo trascina; che in somma siano come le divinità di Epicuro dediti a prendersi bel tempo? Vi ha forse tra queste due opinioni, l'una del partigiani dell'azione amministrativa, e l'altra della libertà indefinita del commercio, qualche via di mezzo degna di esser seguita? Dovranno ancora le nazioni guardarsi con occhio geloso ed ostile, o con animo pacato, e con mire benevole? Dovranno forse chiudersi in sè stesse, e lontanare i prodotti della industria straniera, ovvero aprire i porti a tutte le nazioni? Quali sono i mezzi più necessari per rilevare le industrie nazionali dalla concorrenza colle straniere? Giova moltiplicare o contenere in dati confini la popolazione?

Quale industria è da preferirsi in una nazione, avuto riguardo al suo clima, alla sua posizione e circoscrizione territoriale, alle sue civili abitudini? Il mercato universale è un progetto eseguibile, ovvero un sogno di filosofi deliranti? Fino a qual segno la pubblica economia potrà influire sulla mente e sul cuore delle nazioni? Son queste le dimande che frequentemente si fanno, son questi i problemi che si agitano ansiosamente tra le più colte nazioni di Europa, dal freddo pensiero del filosofo, e dalla fervida ma spesso vaneggiante fantasia dei novatori.

§. 222. Molti scrissero la storia del commercio, ed acris dispute sursero tra gli eruditi, i pubblicisti e i giureconsulti intorno l'origine delle società commerciali, delle lettere di cambio, dei banchi, delle assicurazioni, dei prestiti a tutto rischio, ed altre simili istituzioni, onde il traffico ottenne consistenza sicurezza energia e rapidità. Non vi ha dubbio che la nazione Fenicia a forza di opifizi, di navigazioni e di mercature, divenisse ricca poderosa e fiorente, e che non solo facesse dovizioso il proprio paese di merci molteplici e preziose trasportate da regioni lontanissime, ma anche influisse potentemente a dirozzar genti selvatiche amplificando le sue industrie, moltiplicando i suoi rapporti commerciali, e spargendo le sue colonie in luoghi diversi e remoti. Ma non tutta la storia di questo popolo a noi pervenne, e quei rottami che scamparono dal naufragio de' secoli, ci forniscono elementi troppo vaghi per pronunziarvi un giudizio adeguato. Fra tante tradizioni spesso commiste a racconti favolosi è difficile diffinire il grado cui giunse il commercio Fenicio: Ci si offre più spiegatamente la storia dei Greci e dei Romani, i quali ben conobbero le società commerciali, le lettere di cambio, i banchi, i prestiti a tutto rischio, le assicurazioni, i sensali ed altre simili bisogne di commercio, come testimoniano scrittori contemporanei, e recenti autori di alto

grido. Roma, poichè ebbe conquistato quasi tutt'i popoli allora conosciuti, arricchitasi oltre misura delle spoglie de' vinti, dispregiò il commercio, abbandonandolo siccome vil mestiere ai liberti ed agli schiavi; quindi noi, dopo che questa città famosa trasse a sè e fuse nella propria civilà quella de' popoli soggiogati, non troviamo grandi slanci d'industria, lunghissime e strane peregrinazioni, perfezionamenti di contratti mercantili. La estensione di sì grande impero, la sicurezza delle strade interne, l'unione di amplissime e innumerevoli province sì differenti in abitudini prodotti e ricchezze, sotto una stessa metropoli che potea dirsi regina del mondo; non destarono il bisogno di miglioramenti commerciali. Roma ricca del bottino dei regni conquistati, lieta dei preziosi tributi di cento province, superba del comando, non inclinò l'animo a vaste speculazioni commerciali.

§. 223. Quando le tribù nordiche invasero le province della romana dominazione, e crollato il colosso troppo gigantesco dell'impero, se ne disciolsero gli elementi, e nacquero in Europa ed altrove tante divisioni di reami, tanto scompartimento di regni in piccioli stati; tanta differenza di linguaggi, moltitudine di re, confusione di feudatari, enormi distinzioni di classi, inconsiderati mescolamenti di legislazione, corriere ed invasioni frequenti di popoli novelli del settentrione e dell'oriente: poco mancò che il commercio giacesse sepolto fra tante ire di genti diverse, fra tanti mutamenti subitani, e inudite rivolture. Ma donde venne il male, nacque la medicina più salutare. La diversità e scissura di popoli fra sè indipendenti, la varietà delle lingue, i pericoli delle strade, le pubbliche e private violenze, i fremiti delle guerre, le oppressioni feudali, l'odio furente delle religioni, tante angustie e presssure aguzzarono l'umano ingegno al perfezionamento degli antichi ritrovati, ed a scoperte

novelle. Quindi noi veggiamo immegliate le società commerciali, le lettere di cambio, le artistiche confraterie, e scoperta la bussola a confortare il trepido nocchiero, ed a francar l'audacia e le speranze dell'irrequieto mercatante. Nel seno stesso della barbarie, Venezia, Genova, Pisa, Lucca, Amalfi, stelle luminose della notte dei mezzi tempi, si schiudono il cammino all'indipendenza, alle ricchezze ed alla possanza mercè le industrie, le marittime peregrinazioni e le incessanti sollecitudini. Nel XV secolo l'invenzione della stampa, la scoperta del capo di Buona Speranza per Bartolomeo Diaz Spagnuolo, le audaci imprese di Vasco di Gama, e la scoperta dell'America dovuta al nostro Ligure immortale (1) offerse campo interminabile all'ambizione ed all'ingordigia umana. Mercè la stampa, il pensiero si levò a signoreggiare i secoli con forza e durata maggiore. Colla scoperta di America, e col più facile tragitto alle Indie Orientali, nuove conquiste, ricchezze, prodotti e bisogni si accrebbero al mondo antico. Ma perchè l'uomo, come avvisa un'arguto scrittore, non avesse superbato di tanti trionfi sulla natura, un malvagio demone l'assalse con infermità novelle, e lo cinse di rischi più tremendi per una spezie di arme novella e micidiale che riepiloga con maggior violenza tutto l'orrore delle antiche armature.

§. 224. Dopo le anzidette scoperte ed invenzioni, il mercatante ed il viaggiatore, allargati i limiti di loro attività, valicarono nuovi mari, e percorsero terre novelle. La terra parve angusta agli audaci figli dell'Europa. Nuovi stabilimenti transatlantici non

(1) Di cui disse il nostro Torquato nel canto XV della Gerusalemme liberata, ottav. 30.

*«E la terra misuri, immensa mole,
Vittorioso ed emulo del Sole.*

Il sig. Guglielmo Tennant raccolse recentemente con erudizione non volgare le nozioni che gli antichi ebbero del nuovo mondo.

appagarono i loro smodati desideri ; si viddero contaminati di sangue Europeo i nuovi mari, la vecchia terra dei *Ginnosofisti*, e'l vergine suolo del nuovo mondo. I Portoghesi, gli Spagnuoli, gli Olandesi, i Francesi e gl' Inglesi si contrastarono le nuove conquiste. Non ostante la viva resistenza dell' emulo francese Dupleix, nel secolo scorso Lord Clive fonda l'impero Indo-Britannico, di cui disse Monti.

*Che, sull' Indo inesausta ed infinita.,
Non sul Tamigi, è di costei la vita*

Poscia a forza di nuovi ritrovati il genere umano si studiò stringere più strettamente le fila troppo dissipate de' rapporti scambievoli. Il progredimento delle tipografie, e quel ch' è più, la invenzione dei piroscafi e delle carrozze a vapore dovuta a Fulton, a Watt ed a Stephenson, concorsero all'avvicinamento dei pensieri, ed alla loro alleanza, e sembra che abbian reso di tutto il mondo una famiglia, e di lontanissime regioni una città. Watt perfezionando le macchine a vapore creò nuove risorse alla industria. Disse di lui il Ministro Inglese Huskisson » senza i miglioramenti meccanici e fisici » che diedero alla industria ed alle ricchezze Inglesi » uno sviluppo graduale e sicuro, noi saremmo stati » costretti a subire una pace umiliante innanzi il tempo che la vittoria visitasse le nostre bandiere. » Un dotto straniero di ciò favellando osserva che « quando si studia anche collo spirito il più diffidente » e più filosofico il movimento generale delle razze, » la tendenza delle diverse civiltà ad attrarsi, compenetrarsi e confondersi, dobbiam riconoscere che » il mondo cammina verso una specie di coesione » di assimilazione di unità. Ciò che la natura avea » preparato ; e la propaganda religiosa proseguito, » continua oggigiorno la politica. Dio non creò il » globo per isolarlo ; egli ne ha rannodato le diverse » parti con legami potenti e misteriosi ; egli le ha

» dotate d'incanti per farle convenire ad uno im-
» neo parimente fecondo. Nel seno della terra sparse
» la varietà dei prodotti, nel cuore dell'uomo sve-
» gliò l'istinto di una curiosità inesauribile » (1).

§. 225. Ma mentre tutt'i voti e tutti gli sforzi dell'umanità cospirano a ravvicinarla a fonderla ad immegliarla, non cessò nè potrà cessar giammai quella lotta antichissima perpetua universale tra i pochi proprietari colla massa dei coloni; tra i pochi grandi capitalisti e speculatori colla moltitudine dei manifattori: lotta che maravigliosamente descrisse il Machiavelli nelle sue considerazioni sulla Storia Romana, che Vico filosoficamente ritrasse e diffinì, e che nel nostro secolo Pietro Simone Ballanche nella *trilogia* della sua *Palingenesia* sociale, rappresentò poeticamente e compianse. Se in questa lotta, se per tale contraddizione ben moderata han florida vita le società; si snodano i bisogni, le industrie han vita ed incremento; le arti nascono e si migliorano; le abitudini civili e le leggi si moltiplicano, si sciolgono dal primo e rozzo involucri, si semplificano, e banditi gl'inutili simulacri e le vane sottigliezze, all'*equo buono*, come dice Vico, cioè alla giustizia naturale ritornano: quali saranno le norme per regolar questa lotta, quali sono le speranze, e quali saranno i destini dell'umanità?

§. 226. Queste considerazioni che offersero ampia messe di discettazioni ai più solenni filosofi, che fornirono un tema ineshausto alle meditazioni delle menti più svegliate, ai desiderî dei cuori più generosi, somministrarono anche oggidì materie di strani progetti e d'insolenti deliri ad Owen ed ai Socialisti. Owen dominato dal più grande fanatismo, ed ispirandosi nei principî di un Epicureismo esagerato, tutto vide nero intorno a sè, tutto con neri colori dipinse, e profferse rimedi strani e desolanti. Ei vide la mas-

(1) Revue Britann. num. 55. Luglio 1840, p. 5.

sima parte del genere umano sotto l'influenza *deleteria* di pochi proprietari; vide una immensa moltitudine di operai senza terra e senza mercedi fisse, scaduta d'interesse per l'invenzione delle tante macchine, avvilita dal numero degli avventori; la vide che or si abbandona a speranze senza limiti, or si precipita in terrori disperati, alternando le ore lunghe di lavoro smodato colle ore brevi de' vizî degradanti della crapula, del gioco e della Venere; ei vide nella sua patria stazionario il breve numero dei ricchi, le prerogative delle classi nobili, le vecchie leggi sulle successioni ancor venerate. Ei si sdegnò come il dominio assoluto dei campi, il feudalismo Normanno si fosse affratellato col monopolio dei grandi capitalisti; ei non seppe spiegare il preteso paradosso politico della combinazione di due elementi incompatibili, cioè potente dominio dei campi, e potente slancio d'industria, e chiese il rimedio ai mali della società nell'abolire le più sacre e le più belle istituzioni civili: disse triade satanica la proprietà, la religione, il matrimonio, e la sua voce furente ed implacabile trovò eco nelle masse inglesi che patrocinò. Vecchie bestemmie profferite le mille fiate e sempre invano contro la civil comunanza e la città di Dio!

§. 227. Ma lasciamo i deliri del novatore, e confortiamo la mente d'idee più pacate e più vere. La estensione e l'energia del commercio Inglese disperse una grande frazione de' suoi abitanti in varie parti del mondo, per l'immensa solitudine dei mari, e nelle più remote regioni. Le vaste e ricche colonie che si apersero a quegli indomiti marini, sgravarono la patria di più genti che se fossero rimase nel paese natto, mosse da ozio o da disperazione avrebbero atteso a novità. Ecco il perchè ivi si mantiene saldo il colosso delle istituzioni del medio evo. Napoleone, quel che ne dica in contrario taluni Economisti, col blocco continentale rattivò

le moribonde industrie Europee, e costrinse l'Inghilterra isolata dal commercio di Europa a ripiegarsi in sè stessa. Il genio Britannico pieno di audacia e di perseveranza, circoscritto ne' suoi confini anelò ad immegliamenti nel paese natto. Quindi nuovi *bill*, nuove franchigie, novità di cui Napoleone fu causa occasionale perchè ne suscitò il bisogno, che poscia negli anni seguenti si adombrò ed incarnossi in varie leggi approvate dalle Camere.

§. 228. Ma non solo la patria di Smith a lente scosse esegue ciò che la Francia violentemente esegul. La patria di Kant, di Fichte, di Hegel tende al medesimo scopo, ed i più culti governi di Germania si adoperarono alacramente a soddisfare ai bisogni dei loro popoli, promovendo le industrie, e rompendo le catene secolari che aggravano la libertà delle terre e ritardano lo sfogo del commercio. A chi giungono ignoti i benefizi della lega tedesca doganale? Pochi anni or sono la Russia non ultima tra le nazioni a svestire le sue vecchie abitudini, porse uno esempio luminoso del suo progredimento, rendendo meno precaria la condizione dei coloni.

Sono ugualmente pericolose alla massa del popolo le grandi proprietà e le grandi speculazioni. Sperimentarono i nostri maggiori le tristi conseguenze del dispotismo dominicale; le stesse ruine del feudalesimo oggidì spaventano. Sarebbe doloroso il passaggio alla tirannia di pochi grandi capitalisti. L'uno e l'altro dispotismo si danno amica la mano e menano alle stesse conseguenze; e se giova ai governi lo scompartimento della proprietà al più gran numero dei cittadini, giova parimente la più estesa ripartizione de' capitali. Nell'uno e nell'altro sistema il monopolio è micidiale; da entrambi può alterarsi la limpida luce del sovrano potere. A prevenire siffatto inconveniente cospirano le mire legislative, e la prudenza civile degli uomini di stato. L'educazione delle masse, il loro sostentamento, la

fortificazione delle loro speranze per l'avvenire (1), possono rendere men precaria la loro vita, più florida e più stabile la società e men bujo l'aspetto del futuro.

(1) Due grandi quistioni occupano il pensiero dei moderni Economisti. 1. Far guadagnare alle classi laboriose un giusto salario. 2. Provvedere alla loro esistenza nei casi di malattia o di vecchiezza. — Si sono scritti molti volumi, e queste classi ancora giacciono nella miseria! Bisogna raccomandarle attività e parsimonia, *diligentia et parsimonia*. Cic. de off. 11-24—Paradox. VI. 3. Le casse di risparmio sono un nobile ed umanissimo ritrovato dell'età nostra. La loro estensione sarà un sicuro termometro della industria e dell'onestà delle nazioni. — Guai al pauperismo che ha' bisogni di soccorsi! Il pauperismo Inglese è uno dei formidabili flagelli di quel popolo ricco ed operoso. — Ripeterò con piacere la massima di Riccardo » Niun » progetto per soccorrere i poveri merita attenzione, se non » tende a metterli in istato di dispensarsi dai soccorsi. »

LIBRO IV.

Tutela de' dritti.



CAPITOLO I.

DELLA GIURISDIZIONE.

- §. 229. Senza autorità e gradi gerarchici non può esservi società, condizione e bisogno essenziale dell' uomo. — Vivere secondo le leggi non è servitù ma libertà e salvezza.
- §. 230. Origine filosofica e storica della giurisdizione. — Come i poteri sovrani fossero primamente confusi. — Distinzione di Montesquieu. — Canone della legislazione Francese.
- §. 231. Se gli antichi riconobbero la distinzione dei poteri, non la svilupparono bene nella pratica civile.
- §. 232. Riduzione della triplice distinzione dei poteri fatta da Montesquieu. — Importanza di ciascun potere.
- §. 233. Idee dei Romani circa la *giurisdizione* e l' *impero*, e conseguenze giuridiche delle stesse.
- §. 234. Mutamenti capitali e modificazioni delle suddette idee nelle moderne istituzioni civili.
- §. 235. *Mero* e *misto* *impero* dei Romani, loro indole e differenze.
- §. 236. Danni cagionati dall' applicazione delle vecchie idee e delle antiche voci alle moderne teorie giurisdizionali.
- §. 237. Scompartimento dell' autorità giudiziaria secondo le nuove idee. — Differenze principali per cui le autorità *giudiziarie* si distinguono dalle *amministrative*.

§. 229. L' uomo è nato per esser sociale. La retta ragione e l' linguaggio, doti singolari di costui dimostrano la sua *cognazione* con tutta la umanità. La stessa sublime missione ch'ei deve compiere sulla ter-

ra, la identità de' bisogni, il linguaggio negato ai bruti, e largito all'uomo come vincolo santissimo di alleanza, annodano potentemente i rapporti sociali a quelli dell'individuo. Ma non può esservi società senza autorità e gradi gerarchici; invano si attenderebbe una garentigia da leggi che non si eseguono. Senza il rispetto alle medesime il voto delle società sarebbe tradito. Ecco il perchè Aristotile (1) disse non essere servitù ma salvezza e libertà il vivere secondo le leggi. Non pochi filosofi ci avvisano che la vera fortezza consista nella ubbidienza alla ragione.

Cosa diverrebbe la società, se ciascuno potesse farsi dritto colle proprie mani (2)? Egli è dunque necessario che si osservino quelle leggi e quegli ordinamenti gerarchici, da cui s'implorano la tranquillità, la sicurezza e la vendetta delle nostre persone e del nostro patrimonio. Egli è dunque necessario che ogni giudice si contenga entro l'area delle attribuzioni affidategli, e che le compia con scienza e coscienza (3).

§. 230. Ogni autorità deriva dal potere sovrano, fonte inesausto di tutte le giurisdizioni. Da lui parte *originariamente*, in lui dura *costantemente*, a lui ritorna per *circolo*. Il potere sovrano esercitato confusamente dai Re in tempi barbarici, e tra nazioni poco estese, venne regolarmente distinto tosto che crebbe la civiltà, e si ampliarono i confini del dominio. I Principi dei tempi Eroici della Grecia dettavano leggi, prescdevano ai giudizî, e li eseguiva-

(1) Lib. V. Polit. cap. 8.

(2) *Quis est*, dicea Cicerone nell'arringa pro Dejotaro, *qui sui periculi iudex non sibi se aequiorem, quam adversario praebeat?*

(3) *Est sapientis iudicis cogitare tantum sibi esse permissum quantum commissum et creditum sit: et non solum sibi potestatem datam, verum etiam fidem, habitum esse meminisse: semper non quid ipse velit, sed quid lex et religio cogat, cogitare*—Cicer. pro Cluent. n. 58.

no. Lo stesso si praticò in Roma pria dai Re, poscia dai Consoli fino a che non si divelse dalle auguste attribuzioni del consolato una nobile frazione di potere con cui si creò la pretura, la quale conteneva il duplice elemento legislativo e giudiziario. Sotto l'impero i Cesari si riserbarono il giudizio in taluni casi e in determinate circostanze. Nella ricorso barbarie del medio evo la potestà dei giudizi fu ruvidamente confusa coll'autorità legislativa. Dobbiamo al Presidente di Montesquieu la soleune distinzione del potere sovrano in legislativo, giudiziario ed esecutivo, potere che debbe esser distintamente esercitato senza che il legislatore invadesse i giudizi, ed il giudice si elevasse a legislatore; qual definito esercizio accolto dai governi Europei innalza certamente la nostra civiltà su quella degli antichi. Nelle disposizioni preliminari del codice Francese sta sancito il canone, che i giudici non possono pronunziare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza.

§. 231. Noi non neghiamo che gli antichi riconoscessero la diffinizione dei poteri la quale sorge dalla stessa natura delle cose. Il nostro Pagano dimostra che Aristotile e Dionigi di Alicarnasso la riconobbero (1), ma dalle istituzioni politiche di quei popoli si scorge che non molto bene la svilupparono nella pratica.

§. 232. La triplice distinzione di Montesquieu in potere legislativo giudiziario ed esecutivo può ben ridursi al legislativo ed all'esecutivo, imperciocchè l'ordine de' giudizi ben si contiene nella esecuzione

(1) Saggi Politici — V. cap. 22 — not. 1.

Prima di Montesquieu il nostro Vico nell'opera de *uno universi juris principio* ecc. §. 116 distinse la *jurisdictio* ch'è il dominio della potestà civile, dal dritto puramente civile, dalla *Jurisdictio* che consiste in ministrare il dritto, sia che lo faccia la somma potestà, sia che lo facciano altri a lei soggetti; in somma distinse la parte *legislativa* dalla *giudicatrice*.

delle leggi e si esegue non solo *dichiarando* il dritto nei giudizi, m'anche ponendolo in *atto* coll'esecuzione materiale.

L'energia, e'l benessere degli stati consiste più nel potere esecutivo che nel legislativo, imperciocchè è vero che il principio della vita sociale è nella sovranità, che il cervello risegga nel potere legislativo, ed il cuore nel poter esecutivo, ma è vero ancora che con debole cervello l'uomo può vivere benchè rozzaamente, ma senza cuore, o col cuore già logoro di vita, o miseramente tempestato dalle passioni, o non mai, o pessimamente potrà vivere. I governi rozzi sono nella infanzia e progrediscono, i governi corrotti sono nella vecchiezza e declinano.

§. 233. La voce *giurisdizione* se vuolsi riguardare la sua etimologia, contiene in sè la potestà di conoscere sì nelle pubbliche che nelle private cose, così negli affari civili, come nei penali. Ed in tale ampissima estensione di significato si adopera dalla nostra legge Organica (1). Ma presso i Romani la *giurisdizione* si distinse dall'*impero*. Essa poteva ben diffinirsi col Vinnio, *potestas in causa civili juris dicundi publice data aut permissa*. Si dice in *causa civili*, imperciocchè la potestà di conoscere nelle cause criminali appartensi all'*impero* e non già alla *giurisdizione*. Si dice *juris dicundi* per escludersi la semplice *nozione* dei giudici pedanei, i quali *judicabant, sed jus non dicebant*. Si dice *publice data* per escludersi la *potestà* che compete agli arbitri in virtù del compromesso, cioè dello scambievole consentimento delle parti. Dicesi *aut permissa* acciò nella definizione si contenga ancora la *giurisdizione mandata* che non deriva dall'autorità suprema, ma dal magistrato (2).

§. 234. Da quanto abbiain detto sinora si scorge

(1) Art. 193.

(2) Pandect. Lovanienses de iurisdicet.

che siffatta diffinizione non più si affa alle presenti istituzioni civili. La differenza tra *giurisdizione* ed *impero* è tolta. Non più si distinguono il *magistrato* dal *giudice*, il *jus dicere* di colui dal *judicare* di costui; e le cose che presso colui in *jure fiebant* dalle cose che *fiebant in judicio* appo costui. Presso noi ogni magistrato è giudice, e viceversa. Ogni autorità viene dalla potestà suprema e non è lecito delegarla che nei casi segnati dalla legge. Ma tal delegazione deve farsi da magistrato a magistrato, e non può farsi più da un giudice ad un privato.

§. 235. Il *mero impero* presso i Romani era il *jus gladii ad animadvertendum in facinorosos homines*(1), cioè la potestà punitrice che dai prammatici più recenti si appellò *giurisdizione criminale*. Il *misto impero* è la *modica coercizione* concessa al magistrato per eseguire le di lui sentenze, e questo impero essenzialmente si mescola ed inerisce alla magistratura e sarebbe vana e ridevole ogni giurisdizione senza il medesimo. Nel *mero impero* implicitamente esisteva anche la giurisdizione, imperciocchè niuna condanna poteva emettersi senza cognizione di causa.

§. 236. Molti scrittori tenaci delle antiche erudizioni allontanandosi dal tecnico linguaggio delle nostre leggi organiche vollero risolvere più quistioni coi vocaboli e colle diffinizioni proprie ai Romani giureconsulti; vocaboli e distinzioni o tolte via, o modificate nella moderne istituzioni. Quindi confusione d'idee derivata dalla confusione delle voci; quindi quistioni che agitate e discusse da una profonda analisi si riducono a pure *logomachie*. Se noi non ispiegheremo le nostre idee colle nostre voci, il nostro patrimonio scientifico sarà sempre confuso con quello degli antichi; non vi sarà cosa semplice che non dia luogo a mille dissensioni.

§. 237. Secondo le teorie novelle adottate da mol-

(1) L. 3. ff. de Jurisdic.

ti popoli Europei l'autorità giudiziaria è una, ma scompartita in due ordini civile e penale. Il *contenzioso amministrativo* è uno smembramento della giustizia civile, la *giurisdizione militare* è uno smembramento della penale.

Le autorità amministrative si distinguono dalle giudiziarie 1. per l'*oggetto*. Alle prime è affidata la esecuzione delle leggi di utilità pubblica; alle seconde la esecuzione delle leggi di utilità particolare.

2. Per le *facoltà*. Quelle agiscono per le vie generali e regolamentarie sì dirette che indirette; queste sempre direttamente e per casi particolari.

3. Per la *forma*. Quelle emettono ordinanze adottando la forma che consiglia il fatto medesimo, mutabile al mutar delle circostanze e delle abitudini del popolo amministrato. Queste debbono attenersi fedelmente alle forme stabilite dalla logica giudiziaria; ogni passo che danno è circoscritto nel tempo, è misurato nello spazio.

4. Pel *movimento*. Quelle agiscono indipendentemente dalle infrazioni delle leggi. Queste debbono esser provocate da una infrazione qualunque per porsi in movimento.

5. Per la *dipendenza*. Altra è quella delle autorità giudiziarie, ed altra quella delle autorità amministrative. Nel ramo giudiziario l'autorità superiore può riformare od annullare la sentenza dell'autorità inferiore, ma non può costringer la medesima a giudicare piuttosto in un modo che nell'altro. Nel ramo amministrativo gl' inferiori debbono eseguire le prescrizioni de' superiori, e possono astringersi a dare determinati provvedimenti.

La gerarchia amministrativa per lo più termina in un sol magistrato, acciò vi sia più forza, ed uniformità di movimento. La gerarchia giudiziaria per lo più termina in collegi perchè vi sia un movimento più tardo sì ma più uguale. Nella prima s'indica lo scopo, lasciandosi i mezzi in arbitrio degli

amministratori ; nella seconda s'indica il fine e si precisano i mezzi che possono condurvi.

CAPITOLO II.

DELLE AZIONI E DEL MODO DI SPIEGARLE IN GIUDIZIO.

- §. 238. Cosa sia *azione* in ampissimo significato. — Idee di Genovesi e di Cousin.
- §. 239. L'*azione* in senso ristretto e giuridico è la parola, la tutela e l'corollario pratico del dritto.
- §. 240. Accuse ingiuste di Eneccio contro la definizione che i Romani ci diedero dell'azione. — Estesa significanza delle voci *jus* e *debeo*.
- §. 241. Le azioni possono scompartirsi in tante spezie quante sono le relazioni giuridiche in cui può considerarsi l'uomo o la cosa.
- §. 242. *Generi* di azioni appo gli antichi Romani, cui succedessero le *forme*. Differenze tra queste e le *azioni di legge*.
- §. 243. Somma divisione delle azioni in *reali*, *personali* e *mixte*. — Loro indole e capitali differenze.
- §. 244. Azioni *immobiliari* o *mobiliari*: *originarie* o *incidenti*; *principali*, *accessorie*, *subordinate*, *recursorie*.
- §. 245. Azioni *ordinarie* o *sommari*—*Pubbliche* o *private*.
- §. 246. Indole marziale ed impetuosa de' primi procedimenti giudiziari. — Dichiarazione di guerra convertita poscia in *postulazione*.
- §. 247. Antica libertà della citazione. — Come questa si fosse dipoi subordinata all'autorità giudiziaria.
- §. 248. Conseguenze che produsse nel medio evo la servitù della citazione.
- §. 249. Sperimento della conciliazione richiesto dal codice Francese. — Creazione di una novella magistratura detta de' *Conciliatori* nel nostro reame. — Utilità che ne deriva.

§. 238. *Azione* nel suo più largo significato è l'espressione universale di ogni esistenza. Ciò ch'è, ciò che si muove, ciò che ha vita, tutto agisce. L'azione è il termometro non solo dell'esistenza, ma della qualità e quantità di ogni esistenza. L'assioma scolastico era — *Omne ens in tantum est ens in quantum agit*—Cousin dopo aver ridotto a due le leggi del pensiero, cioè legge di causalità, e legge di sostanza, osserva che le idee di tempo, spazio,

possibile, reale, relazione, modi, causa, effetti, causalità, sostanza, non sono finalmente che la varia concezione di ciò ch'è, di ciò che agisce. *Esistenza ed azione*, ecco ciò a cui tutto si restringe. *Sostanza e forza*, ecco ciò che vede sempre e da per tutto lo spirito. Ma queste due cose non sono realmente divise: La sostanza è la forza ch'è; la forza è la sostanza che agisce (1). In tale ampissima significanza l'azione è la vita dell'universo. Niuna molecola, dice il nostro Genovesi, non agisce in questo mondo o per gravità o per attrazione o per inerzia. Ei diffinisce la vita *azione e coscienza di azione* (2).

§. 239. *Azione* in senso ristretto e giuridico non è che l'espressione, la tutela, la salvaguardia di un dritto. Essa n'è per così dire il corollario pratico. Dritto senza azione sarebbe una chimera, come lo sarebbe anche un divieto senza la pena. Il dritto è la *idea*, l'azione è la *parola giuridica* del dritto.

§. 240. Il giureconsulto Celso diffinisce, l'azione, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* (3). Eneccio accagiona questa diffinizione di due difetti.

1. L'azione non è dritto, ma mezzo di conseguirlo. 2. Coll'azione non solo chiediamo ciò che ci si deve, m'anche ciò ch'è nostro. Ma tali osservazioni si chiariscono false tosto che si attende all'ampia significanza in cui ricevettero i Romani le voci *jus e debeo*.

Jus è da *Jovs* Giove. Come costui riempiva di sè tutto il mondo fisico—*Jovis omnia plena*—così *Jus* la cui origine è da Giove—(*Stirps juris a Jove*—dice Cicerone)—riempie di sè tutte le rivelazioni e gli atti della vita civile. Si disse *jus* la collezione delle leggi sì divine che umane, in cui si creano e si dichiara-

(1) Frammenti di filosofia.

(2) Metafisica Italiana.

(3) Inst. de Act. princip.

rano i dritti dell' uomo e del cittadino: *Jus* si addimandò ogni facoltà, ogni dritto che ci compete sia per ragione di umanità sia per ragione di cittadinanza: *Jus* era il luogo in cui si ministrava giustizia: *Jus* l'espressione e l'attuazione del dritto.

Debeo nella sua primeva e larga significanza contenne tutte le spezie di azioni—*Hoc verbum debuit*, dice Ulpiano, *omnem omnino actionem comprehendere intelligitur* (1). Quindi riesce inutile l'aggiunta di Hotomanno *vel quod suum est*, perchè la diffinizione non sia più angusta del definito. S'è vero che nella voce *deberi* si comprendano tutte le azioni, la medesima può ben' estendersi non solo alle azioni personali, m' anche alle reali, in cui si chiede *quod suum est*.

§. 241. Le azioni possono scompartirsi in tante spezie, quante sono le relazioni giuridiche in cui può considerarsi l' uomo o la cosa. Ma queste relazioni invariabili nella sostanza della umana natura, sono mutabilissime negli accidenti. L' uomo è sempre lo stesso, sono sempre identici i suoi primi bisogni. Vi ha però una infinita serie di altri bisogni di secondo ordine, che ricevono diversa configurazione secondo le varie abitudini civili e secondo il differente grado di coltura di un popolo o di un secolo. Da ciò segue che non tutte le distinzioni del dritto Romano riescono applicabili ai nostri codici, ed inutile anzi perniciosa sommamente tornò l' opera di coloro che tutte le moderne idee e divisioni vollero far combaciare alle antiche, come ad un letto di Procuste. Se si fosse sempre interrogata la vera e genuina natura delle cose; se i dotti non si fossero spesso fatti tiranneggiare del prestigio dei vecchi nomi, e dalla clava di secolari autorità; la scienza del dritto offrirebbe minori ambagi: sarebbe meno erudita, ma più semplice e bella.

(1) L. 178 §. 3. De Verb. signific.

§. 242. Nell' antica Roma tutte le azioni di legge (*legis actiones*) si riduceano a cinque generi secondo ci assicura Gajo , cioè *sacramentum*, *per iudicis postulationem* , *per condictioem* , *per manus injectioem* , *per pignoris captionem* (1). Erano dette azioni legittime perchè si reggeano dalle parole della legge decenvirale , ed erano autorizzate dalla stessa. Costavano di parole e di atti, e questi erano simbolici, come la gleba, la festuca ed altri simiglianti oggetti : il menomo errore nella recitazione delle stesse importava inesorabilmente decadenza dal dritto.

M'a poco a poco alle azioni di legge succcessero le *formole* , le quali costavano solamente di parole , e non erano dominate dalla necessità degli atti simbolici. Le medesime erano specie , non generi di azioni ; e quindi specialmente si adattavano a ciascun caso, e nel di loro esercizio non si spiegava l' inesorabile antico rigore delle azioni di legge. La legge *Ebuza* , e poscia le due leggi *Giulie* abolirono le azioni legittime (2).

Le formole , o per meglio dire, le azioni speciali e formolarie applicate *speciebus obvenientibus* crebbero all' infinito. Surse quindi il bisogno di allogarle sotto certe categorie secondo il punto di vista in cui si riguardavano, ed i giureconsulti romani non furono sempre concordi sui termini precisi di queste sintesi categoriche.

§. 243. La prima anzi principalissima distinzione delle azioni è in reali (*vindicationes*) personali (*condictiones*) e miste.

Tutte le azioni sono nel tempo stesso reali e personali , imperciocchè si rivolgono sempre contro la

(1) Gajus Inst. IV. 12.

(2) Gajus — Inst. IV. 30. — Vedi l' opera di un giovane scrittore di Rotterdam , Bichon Van Yselmonde — *Commentatio in legis actiones* p. 4 , 110 , et 111. Trajecti ad Rhenum 1840.

Nel capitolo che segue favellerò diffusamente degli atti legittimi e del formolario dei primi popoli.

persona, per ottener qualche cosa. Nè ci possiamo rivolgere di salto contro la cosa che forma il *substrato* della controversia, imperciocchè la stessa non ha sussistenza civile, non può reggersi indipendentemente dalla *personalità* cui inerisce, come l'incidente alla propria sostanza. Diciamo però reali quelle azioni che tendono all'acquisto o al ricupero di una cosa che ci appartiene per dritto di dominio, o per qualunque altro dritto immediato sulla cosa. In tali azioni è la cosa che si riguarda principalmente; la *personalità* è aggredita *ratione rei*, cioè incidentalmente, e per così dire di *profilo*. Nelle azioni personali è la *persona* che si aggredisce di fronte e principalmente. Se si persegue la *cosa* ciò si fa *ratione personae*, per ragione della *personalità* cui la cosa inerisce, ma non per propria ragione (1).

Amendue le classi di azioni differiscono tra sè

1. per la *causa* efficiente prossima.
2. Per l'*oggetto* immediato ed assoluto.

Relativamente alla 1.^a differenza è da osservarsi che nelle azioni reali la *causa efficiente prossima*, come la chiama Vinnio; il *fondamento*, come la dice Mackeldey, è il dritto sulla cosa. Il fondamento poi delle azioni personali è l'obbligazione la quale deriva dai contratti, quasi contratti, delitti, quasi delitti, o ch'emana dalla legge indipendentemente dalla convenzione.

Riguardo alla 2.^a differenza, nelle azioni reali l'oggetto immediato ed assoluto è la cosa presso chiunque la si trovi, oggetto mediato e relativo è la persona del possessore. Nelle azioni personali l'uomo principalmente si perseguita nelle relazioni giuridiche della di lui *personalità*. Se in tal persecuzione si minaccia o si distrae la cosa, questa si considera

(1) L. 25 e 35 ff. de Act.—Inst. de act. §. 1. e seguenti. L'azione personale non può divellersi dalla persona, *cujus osibus haeret, ut lepra cuti*, come diceano gli antichi forensi.

come accessorio della persona, come derivazione legittima della personalità obbligata.

Vinnio e Donnello vorrebbero ridurre tutte le azioni a una duplice categoria, reali e personali, sulla ragione che le azioni miste possono allogarsi comodamente tra le reali e tra le personali, secondo che partecipano a preferenza della natura delle prime o delle seconde. Ma però quasi tutti i giureconsulti e segnatamente Cujacio ritengono concordemente una terza categoria, detta di azioni *miste*, le quali sono *familiae herciscundae*, cioè divisione di retaggio, *comuni dividundo*, cioè divisione di cose comuni, *finium regundorum*, cioè lo stabilimento dei limiti tra i fondi vicini, alle quali Cujacio aggiunge la petizione dell'eredità, per cui si dicono *quadriga* delle azioni miste. Queste azioni *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam* (1). Quindi diconsi ancora *persecutoriae rei et personae* (2). A questa classe appartengono eziandio le azioni revocatorie, le rescissorie, e quasi tutte le azioni possessorie le quali si concedono contro qualunque possessore, ciò ch'è l'elemento caratteristico delle azioni reali; e son dirette a far condannare il contraddittore a dare o fare qualche cosa, ciò che forma la nota costitutiva e caratteristica delle azioni personali (3). Siffatte azioni diconsi ancora *personales in rem scriptae*.

È del pari azione mista quella che s'istituisce dal creditore ipotecario contro il debitore pel pagamento del credito o pel rilascio del pegno. Meramente reale dovrà dirsi se dallo stesso creditore si rivolge contro il terzo possessore per lo rilascio dell'im-

(1) Inst. de act. §. 1.

(2) Vi sono altre azioni complesse, come quelle *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliae* ec. ma per oggetti diversi, essendo le medesime *rei et poenae persecutoriae*.

(3) Loiseau—Degli uffizi lib. II. cap. 1. n. 3 e seguenti—Pansey—Della competenza dei giudici di pace, cap. II.

mobile ipotecato, azione che dai forensi vien detta *pedissequa* della personale.

§. 244. Segue altra divisione delle azioni in *mobiliari* ed *immobiliari*. Queste perseguono uno immobile, quelle una cosa mobile, come indicano le stesse voci (1). Tal distinzione giova soprattutto per conoscere qual giudice debba adirsi per decidere le controversie che insorgono sulla pertinenza di un'oggetto sia mobile sia immobile. Nelle azioni immobiliari è competente il giudice nel cui territorio è sita la cosa controversa. L'immobile non può trasmutarsi di luogo in luogo; la sua situazione è sempre certa. I mezzi istruttori che richieggono le dispute intorno lo stato e le condizioni del prefato oggetto non possono esaurirsi con maggior celerità, minor dispendio delle parti, e più diligente cognizione di causa, che dal giudice locale. I mobili così facili a nascondersi, a mutar sito e dominio, ad involarsi, depreziarsi o disperdersi per la loro indole nulla non possono seguire il medesimo destino. Essi non son capaci d'ipoteca; il loro possesso equivale al titolo; seguono la persona del possessore; e quindi le azioni mobiliari debbono istituirsi nel domicilio di costui.

L'azione reale immobiliare si divide in *petitoria* e *possessoria*. In quella si conosce l'essenza giuridica del dominio; in questa si disputa del fenomeno principale del dominio medesimo, cioè del possesso. La prima esamina la quistione di proprietà (*quid juris*); la seconda il fatto della detenzione (*quid facti*).

Considerando l'azione nel modo con cui nasce, si spiega, e si concatena nel giudizio, essa è *originaria*, se apre l'istanza, e le dà vita; *incidente* se

(1) *Actio quae tendit ad mobile, mobilis est; ad immobile, immobilis* — D'Argentrè—V. Poncet. *Traité des actions* tit. 1. cap. IV. sect. 2.

sopravviene nel corso del giudizio (1); *principale* se si regge per sè stessa; *accessoria* se ha rapporto di dipendenza o di connessità con altra azione già istituita: *sussidiaria* o *subordinata* se si spiega *modo subsidii* o per agevolare e fortificare l'azione principale, o per essere accolta in caso che questa venga respinta. Se l'azione incidente spiegasi dal convenuto per differire, spegnere o diminuire la domanda originaria, dicesi propriamente *riconvenzionale*; imperciocchè ha luogo tra le parti una novella convenzione in giudizio su questa domanda (*rursus conveniunt partes*). È azione *recursoria* quella ch'esercita un convenuto contro il suo garante.

§. 245. Considerando le formalità cui van soggette le azioni nel loro esercizio, esse sono *sommarie* od *ordinarie*. Le prime perchè versano in affari di poco valore, o di massima urgenza non soggiacciono alla lentezza ed alle difficoltà del procedimento ordinario: le seconde vi son soggette.

Considerando l'interesse che anima l'azione, essa si divide ancora in *privata* ossia civile, e *pubblica* ossia penale. Colla prima si persegue il reo per soggettarlo alla pena; colla seconda si persegue lo stesso pel ristoro dei danni ed interessi derivanti dal reato.

§. 246. Noi non c'interterremo in ciò che altrove abbiain cennato, e che luminosamente dimostriamo in seguito, cioè che il primo procedimento dei popoli nei litigi che v'insorgeano fu più marziale ed impetuoso che sedato e forense. Ciò che disse Cicerone degli antichi Brettoni—*Non ex jure manu consertum sed mage ferro*—(2) fu massima universale. I primi riti giudiziari, le antiche formole ritennero per più tempo sotto le larve delle finzioni l'a-

(1) Son di questa spezie le azioni che tendono ad ampliare restringere, o spiegare la domanda principale, e tutte le altre che si frappongono nel giudizio per qualunque relazione d'identità o di connessità.

(2) Cic. Epist. lib. VII. Ep. 13.

sprezza primeva, che non potè però affatto cancellarsi dai vocabolarî tenaci custodi degli aboliti pensamenti. Ciò che prima era dichiarazione di reale combattimento, divenne poscia *postulazione*, cioè manifestazione giuridica del proprio o dell'altrui desiderio, e contraddizione a tale desiderio (1).

§. 247. Eccoci ora in un esame assai difficoltoso. Presso gli Ateniesi anche ai tempi di Demostene la citazione si conservò libera (2). Niuno ignora che presso i Romani ad *modum belli* si afferrava il reo convenuto e strascinavasi *obtorto collo* in giudizio. Poscia questa smodatezza di privata licenza si attutò, e nei tardi tempi dell'impero i Romani caddero in un'altro estremo, non potendosi più sperimentare diritti senza l'autorizzazione del magistrato (3). È inutile tracciare il corso della privata libertà riguardo alle citazioni nei mezzi tempi. I Longobardi se ne spogliarono in massima parte seguendo le leggi dei vinti Italiani (4). Federico II. Imperadore avvisandosi dissipare il bujo della ignoranza de' suoi popoli col Sole della Romana civiltà si attenne per lo più ciecamente alle leggi di Giustiziano (5).

§. 248. Nel forte dominio la libertà della citazione contiene in sè germi fecondi di civile progredimento; è una garentia poderosa dei diritti della classe innumerevole de' censuari; è un'arma contro la prepotenza degli Aristocrati; è il più sacro palladio dei popoli. La servitù della citazione è appena tollerabile sotto il despotismo che agguagliando la gran-

(1) *Postulare est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum qui jurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere* l. 1. §. 2. ff. de postul.

(2) Sigonius de republ. Atheniens. lib. III.

(3) Novella 53. cap. 3. Authent. offeratur. C. de lit. contestat.

(4) LL. Longobardicae lib. II. tit. 44. l. 1. et seq.

(5) Constit. Edictorum ordinem — Const. citationis litterae.

dezza de' nobili alla picciolezza de' plebei, o per meglio dire, deprimendo amendue, spesso non vuole che altri opprima il gregge sottomesso. Nei mezzi tempi in cui la potestà baronale aveva tolte al potere sovrano egregie prerogative; fu certamente una imprudenza insoffribile, uno assurdo politico la schiavitù della citazione: fu lo stesso che allargare l'imperio di pochi col deprimere vieppiù la moltitudine. Federico fece più male che bene col suo costante attaccamento alle leggi Romane. Ei non conobbe lo spirito dei suoi secoli, egli voleva tagliar la testa di un'idra alla quale aggiungeva colle sue leggi altri sette capi.

§. 249. La procedura Francese vietò, tranne pochi casi eccezionali, l'ingresso delle azioni in giudizio pria che si fosse sperimentata una conciliazione. Questa misura tende a prevenire i dissidii cittadini, da cui deriva larga vena di livori, di accanite nemistà e di sfrenati disordini nella civil comunanza.

L'esperimento di conciliazione è la *igiene* dei dritti, come la pronunzia del giudice n'è la *terapia*. Fia meglio per lo bene dello stato comporre animi inaspriti, e ridestarvi placidi pensieri di pace e di fratellanza, che abbandonarli all'impeto di feroci passioni, e ad una serie incessante di amare sollecitudini, d'ire crescenti, di brevi e trepide gioje, e di tristi rimembranze gravide di future vendette. Saggio divisamento fu questo, che onora lo spirito e il cuore dell'uomo: spesso però riuscì sterile, ed imbarazzante, imperciocchè ritardava con vane formole il moto della giustizia, e veniv' ammesso indistintamente in tutte le cause. Il nostro legislatore francò le azioni da siffatta pastoja; non richiese l'esperimento di conciliazione che in pochi casi, i quali poteano ferire troppo vivamente l'interesse pubblico o la pace interna delle famiglie, e creò una spezie di magistratura detta de' *Conciliatori*, i quali dispiegando una giurisdizione piuttosto

volontaria che contenziosa ebbe l'alta e delicata missione di spegnere le liti nei primi albòri, di arrecare il ramo del pacifico olivo, ove lampeggia l'infesta teda della discordia. Siffatta istituzione degna della umanità del nostro paese dovrebbe sempre più incoraggiarsi pel trionfo della pace, e la floridezza de' popoli.

CAPITOLO III.

ATTI LEGITTIMI E FORMOLARIO DEI PRIMI POPOLI (1).

- §. 250. Indole pubblica e religiosa degli atti più solenni della vita umana presso i primi popoli.
- §. 251. Origine ed indole degli *atti legittimi* appo i Romani. Si chiede il perchè non poteasi rappresentare d'altri la personalità di un cittadino.
- §. 252. Si chiede la ragione filosofica e religiosa dell'antico divieto inesorabile d'interrompersi gli atti.
- §. 253. Nell'impero del principio di non ammettersi rappresentanza di personalità cittadina, non poteva ammettersi ancora il ministero dei procuratori e degli avvocati — Come la moltiplicazione dei rapporti della vita umana suscitasse il bisogno di costoro.
- §. 254. Nelle *stipulazioni* anch'esse *atti legittimi* per gli esposti principi niuno potea stipulare per un terzo — Influenza di questa teoria sulle più culte legislazioni.

§. 250. Gli atti più solenni della vita umana nelle primeve civili aggregazioni si celebrarono con tutta la pubblicità, con tutta la pompa, e politico interesse. Convenne opporre all'impeto volubilità e licenza privata la maestà di un formolario religioso augusto severo. Così la forza teocratica nella infanzia del pubblico potere era il propugnacolo più temuto della li-

(1) Gli *atti legittimi* sono affatto diversi dalle azioni di legge, di cui si è favellato nel capitolo precedente — Queste come già si è detto, doveano spiegarsi tra i litiganti innanzi il magistrato competente; negli atti legittimi poi non facea mestieri della *nozione*, o dell'intervento del magistrato, e se nei primi tempi si richiese il suo consenso e la sua presenza, ciò fu in linea di giurisdizione volontaria.

bertà sociale e cittadina. Appo i Romani dei priui tempi i testamenti, le stipulazioni, e generalmente tutte le *nancipazioni* poteau dirsi piuttosto pubbliche che private rappresentanze. La poca moltitudine cittadina non si opponeva alla necessità de' comizi. Volgiamo uno sguardo agli antichi popoli di Oriente, e troveremo che innanzi il cospetto della moltitudine per lo più si celebravano i contratti (1). Presso i Franchi ed altri popoli del Nord la maggior parte dei contratti celebravasi *publice in mallo* (2). Inoltre quanto il popolo è più rozzo, ritroverete nelle nozze, nel funebre apparato, negli atti di nascita riti più numerosi, più mescolanza di religione, maggior concorso di gente, più tropologia e poetica ardittezza nelle cerimonie. La vita, Vico osserva, non era altro che una serie di atti muti della religione. Quindi rimasero nella giurisprudenza Romana i cost detti *acta legitima*, quella *pantomima* che accompagnava tutte le transazioni civili. Un popolo quanto è più culto, tanto è più freddo. Alla fantasia impetuosa vivace impaziente di volersi diffondere, succede la rigidezza dell'egoismo, l'astrattezza dei concetti, l'aridità delle finzioni, l'isolamento.

§. 251. Si aggiunge che il primo linguaggio sociale dei cittadini immediato e indipendente da tempo o condizione richiedeva un fornolario semplice e indivisibile senza lacune nel tempo e nello spazio—*Cunctatio barbaris servilis*—E di qui sorge la vera origine degli atti legittimi, che niuno seppe dirci finora; atti che ritrassero l'antica severità comiziale, ove non si ammise procuratore, imperciocchè la personalità civica dell'*io* era così immedesima colla individualità, che non si poteva trasfondere agli

(1) Genes. cap. 23.—Ruth. cap. 4.

(2) Heinecc. Elem. Jur. Germ. 1. III. §. 207—Il *mallo* era il luogo dei giudizi pubblici secondo Eneccio, e lo stesso giudizio pubblico secondo Muratori—Antich. Ital. Di sert. 8.

altri per essere rappresentata: ove si abborriva determinazione di tempo e di condizione. Come un cittadino non poteva delegare ad altri il dritto di votar per lui nei comizi, sulla idea che si potesse scemare la impenetrabilità dei diversi elementi sociali: così non potea parimenti tribuire ad un'altro la facoltà di agire per lui in giudizio. Di ciò nacque che assai tardi i giureconsulti Romani inventarono il ripiego del *dominio* della *lite* per legittimare i mandati giudiziali (1).

§. 252. Ma da che derivò quello scrupoloso contesto di atti, quel divieto inesorabile d'interruzione, che in Roma nei comizi principalmente richiedevasi con esattezza così austera? Le formole e gli atti politici vestivano tutta la dignità e scrupolo religioso. In quello stato teocratico i più solenni negozi eran tessuti di auspizi, auguri, sacre formole e sacrifici; ed a simiglianza del fuoco sacro di Vesta (primo culto di tutte le genti pagane) la cui interruzione o spegnimento reputavasi un grande e pubblico infortunio; i pubblici atti non potevano interrompersi impunemente. Ogni omissione era un sacrilegio, ogni trascuranza era una irriverenza alla divinità. E se per avventura spegnevasi in Roma il fuoco sacro custodito dalle Vestali; tutti i negozi pubblici e privati si sospendevano finchè non si riaccendesse. Come nella cosmonomia, così negli atti pubblici coi quali di leggieri confondevansi i privati, non doveva esservi lacuna—*Jovis omnia plena*.

§. 253. Regnando il principio di non ammettersi

(1) I Romani distinsero *advocati* e *procuratores*. I primi potevano intervenire ne' giudizi, ma però dovevano le parti esservi presenti; il perchè si diceva che gli *advocati supererant negotiis*—Gell. Noct. Attic. 1. 22—Ascon. Paedian. ad Cicer. divinat. in Verrem.

Pel medesimo principio appo i Greci gli stessi contendenti pronunziarono ne' giudizi le arringhe che per loro componeano i Demosteni, gli Eschini, e gli altri Oratori.

rappresentanza di personalità cittadina, non si ammetteva neppure il ministero dei procuratori e degli avvocati. Gli Egizi come sostiene Peyron colla face dei papiri Greco-Egizi trattavan le cause senza ministero di avvocato (1). Nel famoso Areopago tribunale più antico di Atene non si ammisero avvocati, e le nazioni del Nord che invasero le province del Romano impero gli abborrirono. La legge Longobardica puniva severamente i mandati giudiziali e le difese altrui (2). Recesvindo re dei Visigoti sanzionò che — *in parte positis qui caussam non habent, illi soli iudicium ingrediantur, quos constet interesse debere* (3). Nella orazione di Demostene contra Olimpodoro, Callistrato che la pronunzia in giudizio, dice lo stesso » È necessario ugualmente, o Giudici, che anche coloro, i quali o non sogliono, o non possono aggirarsi nel foro, vi vengano quando sono da taluni in qualche mod' offesi » (4). Se noi rimontiamo ai primi costumi dei popoli Germanici, ci accorgeremo di leggieri, quanto vi furono detestati i difensori delle cause altrui. Nella strage delle legioni di Varo gli avvocati soffersero gli strazi più atroci (5). Quando si moltiplicano le relazioni politiche, civili e commerciali; quando crescono gli antichi bisogni, e si destano novelle ne-

(1) Antologia di Firenze 1828—Diodor. Sicul. I. p. 75.

(2) Leg. Rach. cap. 7. Lindembrog. lib. 1. tit. 52 leg. 1.

(3) Lib. 2. tit. 2. §. 2. — Veggasi Botta — Storia dei popoli d'Italia lib. IV. ove favella ancora dell'eccessiva potestà paterna presso i Longobardi, del *morgengap*, del *veregeldo*, del *mundualdo* e degli inutili sforzi legislativi di quel popolo per proibire il duello.

(4) Αναγκαιον ισως εστιν, ο ανδρες δικασται, και τους μη εισδοτας, μηδε δυναμενους εσθαι εις δικαστηριον, επειδαν απο τινος αδικονται.

(5) Florus lib. IV. cap. 12. *Nihil insultatione barbarorum intolerabilius, praecipue tamen in caussarum patronos; aliis oculos, aliis manus amputabant: unius os sutum, recisa prius lingua, quam in manu tenens barbarus: tandem, inquit, vipera sibilare desiste.*

cessità; quando nell'incremento della pubblica pos-
sanza la privata individualità non gode più il po-
tere de' privilegi antichi; quando la scienza del dritto
progredisce seguendo i progressi dell'umana civiltà,
diviene utile, anzi necessaria la classe degli avvocati.
È lodevole, anzi necessario alla vita degli uomini l'of-
fizio dell'avvocheria, diceva Anastasio Imperadore
Bizantino (1); e gl'Imperatori Leone ed Antemio co-
gravi e magnifiche parole non disgiunte dal tuono
declamatorio di Oriente, celebrano le lodi di coloro
che *gloriosae vocis confisi munimine* provvedeano
alla salvezza del genere umano, e difendeano la vita
le speranze e la posterità dei contendenti (2).

§. 254. Presso gli antichi Romani la *stipulazione*
per vario tempo si perfezionava colla mancipazione,
come ancora la compra vendita, la donazione, e l'
testamento ch'ebbe la culla negli steccati dei comi-
zi cinto di tutta la maestà legislativa di Roma. La
stipulazione doveva esser dunque atto legittimo, e
nei tempi dello stesso Cicerone l'*accettillazione* si
compiva per *aes et libram* (3). Ecco il perchè niu-
no poteva stipulare per un terzo; divieto confacente
alla natura di quei tempi. Ma che diremo poi di
quelle stipulazioni dei tempi posteriori di Roma e
dell'epoca nostra, in cui leggesi lo stesso divieto?

(1) *Laudabile vitaeque hominum necessarium advocacionis offi-
cium, maxime Principalibus praemiis oportet remunerari.* l. 4.
C. de adv. divers. jud.

(2) *Advocati qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque
defensionis viribus in rebus saepe publicis, ac privatis lapsa eri-
gunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi
quam si praeliis, atque vulneribus potrium parentesque solvant.*
*Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos qui gladiis
clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militanti-
namque causarum patroni qui gloriosae vocis confisi munimine,
laborantium spem vitam et posteros defendunt* — l. 14. C. de
Advoc. div. judiciorum — Nel secondo e terzo stadio di civiltà le-
gislativa l'opera recente dell'Inglese Gifford « *Everyone Lo-
wyer* » il dritto senz'avvocati, diviene un vero paradosso.

(3) De legib. 11. 21.

Su via non tarpiamo le ali alla beneficenza, non frapponghiamo ostacoli agli slanci del cuore, e valga ancora la stipulazione inserita nei contratti a favore di un terzo. La influenza delle leggi sia come l'aura consolatrice che ravviva l'albero sociale, non come l'urente soffio che lo dissecca, non come il turbine procelloso che lo distrugge. Con maggiore sapienza ed umanità lo stesso dritto Romano (1), il codice Francese (2) e le nostre leggi civili (3) stabiliscono, che un terzo possa validamente soddisfare un debito altrui, benchè non lo sappia il vero debitore. Perchè non si estende questa teoria così giusta e così benefica a tutt' i casi, in cui può rendersi migliore la condizione di un terzo?

(1) Inst. princ. Quib. mod. toll. oblig.

(2) Art. 1236.

(3) Art. 1189.

CAPITOLO IV.

DELLE AZIONI POSSESSORIE.

- §. 255. Trattato di Savigny sul dritto del possesso. — Suoi pregi e suoi difetti.
- §. 256. Origine della distinzione fra dritto e possesso. — Lotta tra i patrizi ed i plebei, e generalmente contraddizione fondamentale in tutte le sfere della realtà e del pensiero.
- §. 257. Spiega delle voci *fides*, *justa causa*, *bonus*, *fortus*, *optimus*.
- §. 258. Uguaglianza fisica, supremo dritto Eroico. — Dominio ottimo congiunto al diritto degli auspicj. — Errore di Vico sulla nozione di *fides*.
- §. 259. Tratti caratteristici de' proprietari di Roma (patrizi) — Condizione della plebe.
- §. 260. La storia degl' interdetti si spiega colla contraddizione della libertà custodita dai tribuni della plebe col diritto custodito dai patrizi.
- §. 261. Perché il possesso molto abbia ritratto della nozione di proprietà.
- §. 262. Fortificazione del possesso sulle ruine del gius quiritario. — Vicissitudini della voce *bona fides*.
- §. 263. Pareggiamento della plebe col patriziato Romano. — Mutazioni nelle cose e nelle parole sotto gl' Imperadori e segnatamente sotto Giustiniano. — Vicende del dominio nel medio evo.
- §. 264. Opinioni erronee di Niebuhr, Savigny ed Husche sulla origine del possesso.
- §. 265. Mercè i principj prestabiliti si risolve la quistione; se competa all' usufruttuario l' interdetto pel possesso della cosa soggetta ad usufrutto.
- §. 266. Indole giuridica del possesso. — Opinione dei recenti scrittori Tedeschi, Taden, Mackeldey, Puckta, Rudorff, Savigny, Hegel, Gans. — Errori di Savigny.
- §. 267. Indole vera del possesso. — Questo è il *fenomeno*, non l' *essenza* del dominio; l' *apparenza*, che può non esser vera. — Dimostrazione.

§. 255. Dopo il dotto lavoro del signor di Savigny sul dritto del possesso, dopo le sue lunghe indagini storiche sugl' interdetti Romani, par che nulla possa aggiungersi alle incessanti elucubrazioni della

scuola storica di dritto di Germania. Ritornando più volte col pensiero su questa materia dobbiamo ingenuamente confessare che l'opera summenzionata del Savigny commendevole per ordine d'idee e copia di erudizione, manca precisamente della genesi cronologica delle svariate leggi di Roma, di modo che invano chiedesi nella medesima il principio e l'procedimento della civiltà latina nelle cose ch'ei tratta, la generazione e lo sviluppo progressivo degli interdetti nella moltiplicazione dei rapporti giuridici del possesso, nello incremento dei bisogni sociali, nel passaggio dalla materialità del fenomeno dell'apprensione e della ritenzione alla spiritualità del concetto ideale, e nelle divergenze delle sette dei giureconsulti.

§. 256. Ci sembrò leggere negl'interdetti Romani la storia di quel popolo, e generalmente quella della umanità. Dobbiam chiedere il primo rapporto giuridico della distinzione fra dritto e possesso nella lotta tra i patrizi e i plebei, tra l'aristocrazia e la moltitudine, tra il sacerdozio e l'volgo, tra la ricchezza e la miseria. In questa solenne contraddizione si volge ogni storia legislativa; e levando il pensiero dalla legislazione prima musa della umanità dei popoli alle alte regioni della filosofia, potrem dire che una contraddizione fondamentale esiste in tutte le sfere della realtà e del pensiero: in natura tra la legge e l'fenomeno; nell'uomo tra la intelligenza e la sensibilità; nella civil comunanza tra la libertà e la necessità delle azioni; nella scienza tra l'astratto e l'concreto. La legge è eterna e necessaria, il fenomeno temporaneo e contingente. In queste contraddizioni vive la natura, l'uomo, la società, la scienza. Senza queste contraddizioni non vi sarebbe combattimento ed impero sulle passioni, nè meditazione e gloria in filosofia. Questa verità travide, ma non isviluppò con filosofica precisione il bello ingegno del nostro Genovesi.

§. 257. Primamente fa d'uopo notare come un duplice elemento richiedesi negli antichissimi tempi di Roma per realizzarsi l'usucapione, cioè *bona fides*, uguaglianza di dritti fra i padri, e *justa causa*, principio delle usucapioni derivante dal gius decemvirale. *Fides* dinotava la forza eroica dei primi padri di famiglia. *Bonus* indicava chi avea l'attitudine a conseguire un gius quiritario. *Optimus* differiva dal *bonus* in ciò che mentre questa voce esprimeva l'attitudine a conseguire un dritto, il primo vocabolo ne indicava l'esercizio. Il nostro Vico conviene nella sentenza che la voce *fis fidis* significò dapprima forza e potestà: che dovette essere nei primi tempi di rozzezza una corda di vinchi; che restarono ai latini *implorare fidem*, domandare altrui forza in aiuto; *recipere in fidem*, ricevere sotto la potestà protezione o imperio: che la *fides Deorum* dovette essere la forza o imperio degli Dei, da cui proteggeasi la potestà di ciascun padre nello stato di famiglia: che il Dio *Fidio* fu l'Ercole dei romani, il fortissimo de' semidei; e finalmente l'antico *fortus* scambiavasi con *bonus*.

§. 258. A ciò può aggiungersi che l'uguaglianza fisica era il supremo dritto eroico, per cui Achille dice ad Ettore, che non vi erano patti a farsi tra lupi ed agnelli (1), e con ciò si spiega ancora il perchè la voce *bonus* (*αγαθος*) sia l'epiteto ordinariamente concesso da Omero ai suoi Eroi; e s'ingannerebbe a partito chiunque credesse che quando quel poeta chiama buoni e divini Achille, Menelao, Ulisse, ed altri innumerevoli buoni o malvagi che sieno; prenda questo vocabolo nella significanza in cui si adoperò posteriormente, allorchè il dritto delle genti maggiori cedev' agli assalti della plebe, o per dirlo colle parole di Vico, dai certi violenti, e veri incerti si era passato alle cose certe e vereconde.

(1) Iliade XXII, 263.

Il dominio ottimo era congiunto al diritto degli auspizi, pel quale i patrizi Romani avean ragione di dire alla plebe—*Se gentem habere, auspicia esse sua*—E dal dritto degli auspizi si disse la fede da Ennio

O fides alma apta pinnis,

e Cicerone ci assicura presso gli antichissimi Romani esser collocata la fede nel Campidoglio d'appresso a Giove ottimo massimo (1).

Vico travide ma disconobbe con un' anacronismo il primiero significato eroico della buona fede. Ei la confuse colla *Fides Justitiae soror* dei tempi più culti di Roma, quando la fede si mutò da forza fisica degli aristocrati a forza di morale intierezza di tutto il genere umano.

§. 259. Il territorio di Roma, come anche quello dei primi popoli era diviso tra pochi proprietari, i quali furono nel tempo medesimo sapienti, sacerdoti, e re delle proprie famiglie, triplice idea ch' espressero i latini colla voce *vir*; e generalmente ogni cittadino si disse *pater*, onde *parricida* fu detto l'uccisore dell'uomo libero. Ai soli padri spettava l'autorità cioè l'ottimo dominio: essi soli aveano gli auspizi, essi soli aveano il linguaggio civile, *fari poterant*, essi soli potean contrarre legittime nozze. I clienti, i plebei non ebbero dapprima nè autorità, nè auspizi, nè linguaggio civile, nè connubi, ma teneano le terre dai padri, ed agitavano i loro congiungimenti *more ferarum*. Quindi il tribuno Filippo nel proporre la legge agraria non fece ascendere a più di due mila il numero dei cittadini proprietari di Roma—*Non esse in civitate duo millia hominum qui rem haberent*—(2). Ma i plebei che non

(1) Cicer. de offic. lib. III. cap. 29.

(2) Cicer. de offic. lib. II. cap. 21.

hanno autorità ed ottimo dominio, e quindi non possono usucapire il *gius quiritarium* dei campi, possono almeno possederli?

§. 260. Di qui principia la storia del possesso, di qui dovrà ripetersi l'origine e'l progredimento degli interdetti, ed in generale lo snodamento del dritto Romano detto da Vico *poema drammatico serio*, ed in altri termini significanti la stessa idea, *pensiero bellico*. Tutta la tela degli avvenimenti di Roma repubblicana si riduce a ciò, lotta continua ed indefessa tra il patriziato e 'l popolo, tra i pochi proprietari e la moltitudine dei miserabili, lotta che ben descrisse il profondo Segretario di Firenze nelle osservazioni sulle *decadi* di Livio; e che Vico ritrasse sapientissimamente nella *Scienza nuova*, derivandola per serie delle cagioni dalla filosofia della umanità, e per lo seguito degli effetti dalla storia universale delle nazioni; lotta che non cessò pria che la condizione dei plebei non si fosse adeguata a quella dei nobili secondo una stessa formola di natura. In questa contraddizione della libertà custodita dai tribuni della plebe, e del dritto custodito dai patrizi lo stesso scrittore riconosce la principal cagione della grandezza romana (1) e la sorgente dell'equità civile (2).

(1) De uno univ. jur. princ.

(2) *Fundarunt natura conjunctas et ordini juris auctoritatem, et plebi hanc juris aequi adversus injuriam libertatem*—De Constantia philolog. cap. 27.

Pietro Simeone Ballanche poeta e filosofo vivente seguì le orme di Vico, e nelle istituzioni sociali riconobbe un doppio principio, il primo rappresentato dal patriziato; il secondo dalla plebe: quello conservatore ed immobile, questo mobile ed evolutivo—La storia consiste nella lotta di questi due principi che può dirsi anche lotta della necessità e della libertà. La storia è prova; il dolore è il pane dei popoli, la vita dell'umanità. Senza esso l'uomo cadrebbe nella sonnolenza del senso, nella stupidità del piacere, nella morte dell'intelletto. L'opera dell'autore *Palingenesia sociale* è una trilogia, o tre poemi. 1. *Orfeo*, 2. *Elegia*, 3. *Città dell'espiazione*.

Pretendeva l'autorità dei padri la *bona fides*, ed agiva violentemente mercè il gius quiritario: il plebeo possessore reagiva. Accorse il pretore viva voce delle leggi delle XII Tavole che colle azioni tutelava il dritto civile, coll'eccezioni soccorreva al dritto naturale; che sotto la religione delle leggi Decemvirali emendava il gius civile, ed agguagliava, al dir di Vico, all'utile in tutte le cose equo, come a regola lesbia, tutte le ingiuste utilità. Egli destinato a mitigar la severa giureprudenza degli antichi simile a regolo di ferro, e scorgendo mal convenevole al sentimento dei nuovi bisogni sociali, ed alle crescenti ma giuste pretensioni della plebe l'immobilità e l'assolutismo del primevo dominio dei padri: mercè l'augusta missione *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis*, eleva la idea dominicale ad una nozione più astratta, crea gl'interdetti, e coi medesimi *interdicit*, cioè vieta gli attentati al possesso, e salva al potente aggressore il fasto dell'autorità quiritaria sull'oggetto posseduto. Gl'interdetti si moltiplicano; il possesso diviene l'arma potentissima per combattere la inesorabile severità de' principi eroici, e distruggere un'antico ordine di cose. Piacque il mezzo termine del possesso, e si adoperò da per tutto. Contro le successioni secondo il gius decemvirale surse e crebbe la successione pretoria cioè il possesso dei beni, che mutato nome, altro in effetti non era che la stessa eredità. Si accordano anche interdetti per acquistare il possesso, *apiscendae possessionis*; e da ciò si può scorgere con quanta poca notizia delle cose Romane il Savigny abbia cancellata questa specie d'interdetti dal catalogo delle azioni possessorie. Il suo massimo errore si fu che volle considerare in un gruppo solo le varie leggi di Roma, mentre avrebbe dovuto osservarle epoca per epoca, nascenti e mutabili secondo che si svolgeano e mutavansi i bisogni e le abitudini dello stato romano.

§. 261. Riepilogo di ciò che si è detto finora intorno il possesso sono le gravi parole di Papiniano — *Plurimum ex jure possessio mutuatur* — (1) e quelle di Paolo — *Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae* (2). Con ciò si spiega perchè la voce possesso s'impiegasse talora, segnatamente nell'epoca dell'impero, ad esprimere la nozione di proprietà (3), e come in questo periodo di legislazione l'interdetto può veramente dirsi *revindica provvisoria*, e 'l possesso proprietà *interina* e *presunta*, ciò che confuta e confonde il Savigny, credendo tutte le romane leggi sulla materia parto di un sol tempo, e figlie di uno stesso bisogno.

§. 262. A misura che il possesso si estendeva, si moltiplicava e cresceva di forza ed energia; il formidabile gius quiritario perdea di vigore, e di giorno in giorno acquistava maggiore astrattezza fino al punto di esser poi relegato tra i nudi nomi che finalmente Giustiniano distrusse. I provinciali non potevano usucapire; i vinti non erano uguali ai vincitori quiriti: poteano però acquistare il possesso; ed all'azione quiritaria poteano opporre l'eccezione della prescrizione. La *bona fides* che nell'usucapione era sentimento di uguaglianza cittadina, nella prescrizione diviene coscienza di uguaglianza morale: Al dritto ottimo dei forti si opponeva l'equità naturale del *Jus gentium*. Di qui l'altra verità che il dominio bonitario si conobbe assai prima che fosse così denominato. La usucapione era una idea assoluta, spiegavasi come azione, e poteasi reggere da sè, importava il possesso fortissimo, l'autorità, l'ottimo dominio, avea luogo tra uguali, e per ragioni nascenti dalle leggi decenvirali. La prescrizione surse com'eccezione, ed importava il gius bonitario; la

(1) L. 49. ff. de adq. vel. amit. poss.

(2) L. 3. §. 21 ff. eod. tit.

(3) L. 37. ff. de jud. — L. 78. ff. de V. S.

mano è 'l *nodo* furono conservati all' alterigia vana dei quiriti. Generalmente gl' interdetti nacquero come resistenze del possesso al gius quiritario; come nuove conquiste della plebe sul dominio esclusivo dei padri.

§. 263. All'austero e marziale cipiglio repubblicano succede l'assolutismo dei Cesari. Diviene necessità per Roma stanca dalle lunghe e sanguinose guerre civili che finalmente si riposi in un solo, e che *non aliter ratio constet quam si uni reddatur*. Come la plebe romana a poco a poco si era agguagliata ai padri, così il principe romano detto da Tacito con solenni parole *omnium parens*, sul cui capo si era concentrata tutta la maestà e tutto il potere dei padri, del popolo, e delle province debellate, credè convenevole alla sua politica ed al progresso della umanità delle nazioni il pareggiamento dei popoli vinti al popolo dei vincitori. Tutti i miei sudditi sono uguali, disse Antonino; e i fieri discendenti di Romolo si confusero colla moltitudine delle genti. Ai tempi di Giustiniano il campidoglio era già stato ludibrio de' barbari; la terra dei vincitori del mondo era stata invasa, conculcata e saccheggiata da nuove e selvagge generazioni di uomini. A che serve più, egli disse, la *mano* e 'l *nodo*; a che la distinzione tra cose *mancipi et nec mancipi*; tra usucapione e prescrizione? Siffatte differenze non sono più realtà, son vani simulacri di dritti e di avvenimenti dei secoli che furono. Disse, e le viete differenze e i nomi nudi e cadaverici scomparvero; per cui meritò l'elogio del nostro Alighieri:

Cesare fui, e son Giustiniano

Che per voler del primo amor ch' io sento

D'entro le leggi trassi il troppo e' l' vano (1).

Nella ricorso barbarie invece di pochi aristocrati rannati in un sol luogo si ebbe una moltitudine di gi-

(1) Parad. cant. 6. —

ganti rintanati in forti ed innumerevoli castelli. Il dominio diretto dei campi era privilegio pressochè esclusivo di costoro—Niuno può cambiare a sè stesso la causa del suo dominio—Ecco l'assioma micidiale che nei tempi posteriori i forensi per lo più surti dalla plebe studiaronsi eludere con le tante spezie di censi, di cui talune non rimaneano ai primi domini che la sola prestazione. La potestà chiesastica benefico e solenne tribunato in età barbariche e prepotenti, aggiunse forza e celerità agl'interdetti romani coi rimedi detti *sommarj* e *sommarissimi*.

§. 264. Dal detto finora facilmente si scorge quanto sia erronea l'opinione del Niebuhr adottata dal Savigny intorno l'origine del possesso, che si vuole far derivare dalle due spezie di campi nella repubblica romana, *ager publicus* ed *ager privatus*, sul quale ultimo solamente valeva la proprietà: ciò ch'è falso; imperciocchè la idea di possesso soventè si oppone nelle romane leggi a quella di proprietà sulla cosa medesima, e gl'interdetti si rivolgono anche contro gli stessi proprietari dell'oggetto da altri posseduto. Ma l'*ager publicus* non ammetteva proprietà ma solo possesso: Dunque o s'ingannò il pretore, o s'ingannano Niebuhr e Savigny (1).

L'opinione di Husche il quale pretende che i Romani (*Ramnes*) rappresentassero il corpo; i quiriti (*Tities*) rappresentassero lo spirito; e che quindi presso i primi trovavasi il fatto cioè il possesso; presso i secondi il dritto, la proprietà e la sua tutela per via di azioni e di tribunale; che il luogo dei *Ramnes* fosse preso in seguito dai patrizi, quello dei *Tities* dai plebei: è una chimera che resiste, per ciò che si disse antecedentemente, alla storica verità ed alla ragione (2).

§. 265. Ma pria di por fine alla esposizione delle

(1) Savigny — Dritto del possesso — Sez. 1. §. XII.

(2) Idem Sez. 1. §. VI.

idee, non dobbiamo passar sotto silenzio una questione che tanto agitò i giureconsulti romani, i forensi e la scuola germanica: Se l'usufruttuario possieda la cosa che tiene in usufrutto, e se quindi gli competa l'interdetto (1). Ogni difficoltà cessa, tosto che si considera, come dianzi si è detto, l'andamento di ogni giurisprudenza, e segnatamente della romana, e come questa dapprima grezza, ispida materialista confuse la cosa col dritto sulla cosa, e lo spirito col corpo, non levandosi al di là di un gretto sensismo. Ma quando venne a disgrossarsi dall'impaccio dei sensi, a vestir forme più spirituali; timorosa ancora di largire una intiera realtà ai dritti incorporei, ebbe ricorso alla parola *quasi* volendosi esprimere una realtà piuttosto giuridica che vera, o per meglio dire, una relazione che non esisteva nella natura delle cose, nel mondo dei fenomeni, ma piuttosto nel mondo civile delle nazioni. Quando finalmente si riconobbe una realtà vera dei dritti, e questi si ravvisarono come modi veri di sostanze incorporee; quando i romani giureconsulti, come avverte acutamente il nostro Vico, senza leggere le teorie di Malebranche, riconobbero la *estensione intelligibile*; ogni dubbio scomparve e nella legge 10 Cod. de usufr. si stabilì una massima di raffinata civiltà e di spiritualismo già progredito—*Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem; aliam quae jure consistit; aliam quae corpore*—Tenendosi presenti queste idee, distinguendosi epoche, varietà di bisogni, e gradi di coltura; la filosofia della storia del dritto potrà versar molta luce sulle materie più tenebrose e fluttuanti. In virtù della prefata legge, e già stabilita la solenne distinzione tra possesso di

(1) V. principalmente le l. 12 e 49 pr. ff. de acqu. poss. l. 15. §. 1. ff. qui satisd. cog. — l. 10 §. fin. de adq. rer. dom. — l. 5. §. 1 ff. ad exhib. — l. 21. ff. quemad. servit. amitt. — l. 4. ff. de usuf.

cose, e possesso di dritto; è facile il dedurre che l'usufruttuario in nome proprio ed *immediatamente* ebbe il possesso naturale e civile del suo diritto sull'usufrutto; che *mediatamente* in vista del suo diritto, *intuitu juris sui*, ebbe il possesso della cosa soggetta all'usufrutto medesimo.

§. 266. Taden crede che il possesso sia un vero dritto. Makeldey sostiene che sia un fatto particolare esistente per sè stesso, e come tale considerato sia una sorgente di diritti (1). Puckta vuole, che sia un dritto non sulla cosa, ma sulla persona propria, sulla propria volontà. La protezione che gode il possesso è dunque una protezione della personalità. Rudorff si avvisa che gl'interdetti possessori appartengano ai primi principj del divieto della ragione che si fa di propria autorità: la ragione dei medesimi consiste adunque nella rottura della pace, e nel disturbo dell'ordine pubblico.

Secondo Hegel e Gans la volontà è la sorgente prima; è la base di ogni dritto. Nella volontà particolare o individuale ha la sua genesi primitiva, il suo germe; ma non diviene proprietà, e veramente dritto che quando a questa volontà si unisce la volontà generale di tutti gli uomini. Io occupo una cosa volendo che sia mia; in questa volontà sta un principio del dritto di proprietà, ch'è appunto il possesso.

Savigny assume che per l'interesse dell'esercitata violenza il possesso divien capace di produrre effetti simili a quelli di un dritto, sebbene in verità dritto non sia. Il possesso per sè stesso come dritto non ha sede propria, imperciocchè dritto non è: il dritto però ch'esso produce, e per cui prende più di somiglianza con un dritto, è quello degl'interdetti possessori, vale a dire un dritto obbligatorio. Io però non intendo come il possesso non sia dritto, e produca ciò non

(1) Manuel de droit romaine. §. 209.

ostante delle obbligazioni. Dritto ed obbligazioni sono idee relative, ed hanno tra loro un rapporto intimo e necessario, quale appunto intercede tra causa ed effetto. Se non vi ha dritto, non vi ha neppure obbligazione, e viceversa. Mi sembra strano, che da un rapporto qualunque che non sia dritto, nasca il dritto. *Ex nihilo nihil fit* (1).
 §. 267. Io credo che il possesso sia un dritto apparente; per distinguerlo dal dominio che si poggia sopra un dritto vero. Nel dominio si disputa della pura genuina e spirituale nozione del dritto, per dirlo in altri termini, si controversa dall'essenza del dritto. Negl' interdetti si disputa non dell'essenza, ma del fenomeno del dritto, cioè del possesso; non della verità del dritto, ma della sua apparenza rivelata nella detenzione e nell'esercizio degli atti possessivi.

È dunque il possesso l'apparenza del dominio, n'è il fenomeno più vicino, come la proprietà n'è l'essenza. Nel mondo delle idee dal sensibile si sale all'intelligibile. Nelle civili comunanze dal possesso *quid facti* si ascende poi alla proprietà *quid juris*. Fa d'uopo che il possesso, questa immagine più viva del dominio non si alteri pria che si disamini l'essenza del dominio medesimo. Ogni fatto è un complesso di sensazioni. Ogni sensazione, in ciò convergono i filosofi più famigerati, può esser vera nella sua apparenza, falsa nella sua realtà; e può esser falso un giudizio che costa di sensazioni apparentemente vere. Ma siccome non è dato che all'acume ed alla giustezza del giudizio il dichiarar false nella realtà sensazioni che ci sembran vere, così non è dato che alla giustizia civile il diffinire la realtà del dominio con tutta la solennità e la ritologia dei giudizi. Ma pria che ciò si faccia, poichè la società vive di apparenze e di fatti, e poichè secondo il

(1) Del possesso Sez. I. §. VI.

grado della ragione di ciascuno, e secondo le passioni che signoreggiano ogni individuo, ciò che ad uno è più chiaro del meriggio, ad altro è più oscuro delle tenebre: a togliere ogni dubbiezza, il fatto del possesso si circonda di legali garantigie, di straordinario e rapido procedimento. Con ciò si provvede alla pubblica sicurezza, imperciocchè in una città ben governata non avvi cosa più insopportevole, ed impolitica che il farsi dritto colle proprie mani. Qualunque siasi il fatto del possesso, non d'altri che dal giudice può cancellarsi, non d'altri che da costui può smascherarsi una falsa immagine. Inuanti che il giudice compia questa missione, il fatto deve rispettarsi, e s'è violato o distrutto, deve allo stato primiero restituirsi (1). L'ubbidienza (e segnatamente la ubbidienza civile) è moglie di Giove Salvatore, è madre della buona condotta, diceva il più sublime tragico dell' antichità (2).

... (1) In un nostro lavoro che ha per epigrafe — *Missione del Giudice di Circondario* — abbiamo esposto dettagliatamente la parte positiva delle azioni possessorie. Qui ci siamo contentati di riferire la parte storica e filosofica.

... (2) Eschil. Sette a Tebe vs. 230 — Scrivea Cicerone — *Nihil est enim exiliosius civitatibus, nihil tam contrarium juri et legibus, nihil minus civile et humanum, quam composita et constituta republica quidquam agi per vim. De leg. lib. III.*

Dante che nel Parad. VIII. 39 — proclamò come principio fondamentale la necessità della civil comunanza, senza cui l'uomo sarebbe infelicissimo,

Sarebbe il peggio

Per l'uomo in terra se non fosse cive — Nel Purgat. XVI. 32, 33 — dichiarò che niuna città può vivere senza il freno della legge, senza buoni reggitori, magistrati ed esecutori della legge medesima.

Onde convenne legge per fren porre;

Convenne rege aver che discernesse

Della vera cittade almen la torre.

Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?

CAPITOLO V.

ORIGINE E PROGREDIMENTO DELLE AZIONI DI BUONA FEDE,
E DI STRETTO DITTO NEL FORTE DOMINIO.

§. 268. Le azioni di *buona fede* e di *stretto dritto* si son finora riguardate dagli scrittori dal lato forense, e non già dal filosofico e politico—Importanza di questa materia.

§. 269. Le azioni di *buona fede* sorgeano da convenzioni tra persone uguali cioè che aveano l'*isopolitia*. Cosa intendesi per *ise* tra i Greci, *aequum* e *bona fides* tra i Romani.

§. 270. Varietà delle due prefate categorie di azioni circa la loro origine e le loro conseguenze.

§. 171. Circa i giudici che vi pronunziavano.

§. 172. E relativamente alla indole ed alla forza dell'eccezioni che vi si proponeano.

§. 168. Entro in una materia famosa nelle romane leggi, malagevole per le quistioni cui dette luogo, oscurata da non poche dubbiezze, e guardata finora più dal lato legale che dal lato filosofico e politico. Non ho potuto acquietarmi a ciò che dissero intorno la sua origine i numerosi interpreti. Mi è sembrato scorgervi tracce luminose del cammino legislativo dei popoli, e mi sono studiato di confortare il mio giudizio di esempi derivati dalla legislazione del Nord. Me felice se potrò alzare un lembo della cortina misteriosa che nasconde la storia dell'umanità, storia eloquente ed utile che potrà chiarir lo spirito di molte teorie romane, e di non pochi principj moderni!

§. 169. Vi avea dei contratti nei quali non minuivasi in menoma parte la dignità familiare, e se questa modificavasi; siffatta modificazione era comune a tutti i contraenti: tali convenzioni si regolavano con ciò che si era vicendevolmente statuito; per tutto ciò che non si era espresso così riguardo alla indole, come riguardo agli effetti, si regolavano col dritto delle genti, il quale ha luogo tra per-

sone o nazioni uguali; e quindi veniva altrimenti addimandato *uguaglianza* (*ise, aise*) e l'uomo giusto *uguale* (*aisios*) e dicesi della giustizia nei carmi appellati Orfaici (1) che *giudica e concilia le difformità del vero dall'uguaglianza*. Polibio ci ricorda e trascrive tradotto in greco dall'antichissima lingua del Lazio il primo trattato di alleanza tra Cartagine e Roma sotto il consolato di Giunio Bruto, e di M. Orazio. Tra le altre cose vi si dice » Se alcun romano verrà in quella parte di Sicilia sommersa all'impero Cartaginese, egli in tutto conseguirà il diritto e l'equo » (2) *Aequalia sint Romanorum omnia*. Siffatta uguaglianza detta *ise* presso i greci, si appellò buona fede, ed equità dai latini (§. 262). E tra queste ultime voci altra differenza non vi ebbe se non che buona fede era l'uguaglianza in pratica, ossia l'adempimento dell'equità nelle bisogne civili; e l'ideale di questo pareggiamento si disse *aequum*, e meglio in tempi più culti *aequum bonum* per distinguere questa uguaglianza del mondo morale delle nazioni da ogni altra uguaglianza del mondo fisico ed intellettivo.

§. 270. E qui sorge la differenza tra le azioni di buona fede e di stretto dritto. Convien premettere una norma generale. Quando il contratto non trae seco disuguaglianze fra i contendenti, e solo produce uguale vicendevolezza di dritti e doveri; l'azione che ne sorge è di buona fede, cioè deve stimarsi in ampia distesa assai maggiore di quella prevista nel momento della convenzione co' principi dell'equità naturale, nè alcuno dei contraenti può menarne lagranze, essendo la pena dell'inadempimento uguale per tutti. Quando poi il contratto trae seco disuguaglianze fra i contraenti, e produce per un di costoro dritti e per l'altro doveri; l'azione che

(1) Εἰς ἰσοῦτος ἀληθείας ἀναγὰς ἀνομίας. — Hytm. ad Iustitiam.

(2) Ισα ἐστὶν τὰ Ρωμαίων ἀντα — Hist. lib. V. cap. 22.

ne sorge, è di stretto dritto, la quale non può stendersi al di là di ciò che si previde nella convenzione, nè a lei si possono concedere effetti che non le furono prestabiliti. In questa ineguaglianza convenzionale non si può al contraente inferiore che dicesi delatore accrescer danno maggiore del convenuto; e'l silenzio della convenzione s'interpètra contro colui che vestì novelli diritti, e a pro di colui che ai addossò nuovi doveri che vi corrispondono.

I contratti onde sorgevano le azioni di stretto dritto primamente ebbero luogo tra i primitivi proprietari detti *eroi* presso i Greci da *era* terra, ed *heri* presso i Latini; ed i *famoli* cioè i ricoverati o per vivere o per essere sicuri sotto la forza e nelle terre de' primi; i quali *famoli* dicevansi *theti* presso i Greci, e *clienti* appo i Latini. Difatti nella forte impenetrabilità de' domini ogni proprietario aveva poco bisogno di contrarre debiti, e noi leggiamo nelle storie greche e romane, che i *theti* degli Ateniesi, e i *clienti* cioè i plebei di Roma per la enormità dei debiti ond'erano gravati misero spesso la patria loro in pericolo estremo. Sostiene il nostro Vico che le fiere leggi Decenvirali risguardanti i debitori afflissero soltanto la plebe.

§. 271. Giova inoltre osservare come negli ultimi tempi della repubblica e sotto l'impero si osservava una differenza grandissima nei giudizi di queste due spezie di azioni. In quello di stretto dritto si davano giudici che assolutamente dovevano pronunziare la condanna od assoluzione, rattenendosi nella conferenza del contenuto nel contratto. In quello poi di buona fede si davano compositori ossia arbitri che dal seno dell'equità e delle circostanze dovevano trarre la loro decisione (1), ed abbiamo forti

(1) Si osservi che gli antichi Romani primamente distinsero le azioni in *bonae fidei* e *stricti juris*, e che generalmente in quelle si pronunziavano due sentenze, l'una che conteneva l'arbitrio, ossia l'ordine di render la cosa; l'altra che racchiudea

congetture che questi posteriori arbitri giudiziari subentrassero ad arbitri amichevoli (1).

§. 272. In Roma nei contratti di stretto diritto non si ammisero dapprima l'eccezioni di violenza dolo compensazione ecc. e troppo tardi il legislatore si accorse di siffatta ingiustizia. E donde procedeva ciò? Ponghiamo da parte le indigeste congetture dei giureconsulti e degli eruditi. Io credo che ciò nasque dalla precipitanza de' giudizi conforme allo spirito del forte dominio impetuoso, impaziente di pastoie, truculento. E tanto più la precipitanza era sfrenata, quanto più era sommamente inferiore nelle convenzioni la dignità del debitore a quella del cre-

ditore. Qualora non si fosse ubbidito all'antecedente sentenza. Di ciò abbiain vestigi luminosi nelle leggi 3. §. 2. ff. commod. l. 1. §. 26. ff. depositi, l. 5 et 8. de in lit. jur. Quindi convien conchiudere che l'azioni di buona fede primamente si confondeano colle arbitrarie, e non formavano una terza categoria di azioni. Ma quando piacque al pretore di concedere al giudicante la facoltà della doppia sentenza, cioè dell'arbitrio e della condanna anche per talune azioni *stricti juris*, allora surse la distinzione delle azioni arbitrarie da quelle di buona fede. E dovette prima il pretore largir questa facoltà per le azioni *de dolo* e *quod metus causa*; imperciocchè riusciva conforme all'equità naturale e confacevole ai crescenti bisogni sociali che nel *dolo* e nella *violenza* qualora la cosa carpiata od estorta con tali mezzi, celeremente non si restituisse, altra condanna più considerevole si pronunziasse. Premesso ciò, non farà maraviglia che sommi giureconsulti non attendendo alla indole filosofica, ed al corso progressivo di questi rapporti giuridici, non avessero voluto riconoscere la distinzione delle azioni arbitrarie da quelle di buona fede e di stretto diritto, ed altri si fossero sgomentati a precisarne il numero.

(1) Presso gli Ateniesi gli arbitri (*διαρτηται*) esercitavano il primo grado di giurisdizione, ed erano diversi dai *compromissarii*, arbitri che si eliggevano dalle parti, e le cui sentenze erano inappellabili. Sigonius de repub. Athen. lib. III. pag. 98 et sq. Venetiis 1565—Presso gli antichi Romani i giudici per diffinire i piazzi anche pecuniari si eliggeano dai contendenti.—*Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione ejusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*—Cicer. pro Cluent. cap. 43.

ditore. Nei contratti di buona fede, ove si collidevano forze del pari potenti, il dolo la violenza *ipso jure* viziavano i convegni, e la compensazione proporzionalmente scemava le scambievoli ragioni. In molti luoghi di Germania e segnatamente in Sassonia (1) nei tempi più vigorosi di forte dominio si procedeva similmente. Il debitore non poteva eccepire neppure la compensazione durante il giudizio intrapreso dal creditore. Doveva esser condannato, pagava, e quindi egli istituiva altro giudizio (2). Presso i Romani nei giudizi di stretto dritto non si ammise la compensazione neppure per eccezione se non *post rescriptum Divi Marci* (3).

(1) Quando gl'Imperadori francesi si sforzarono piegare i popoli soggetti all'impero delle romane leggi, rinvennero nella Sassonia un ostacolo potentissimo, e Carlo Magno fu costretto conservare ai Sassoni molte leggi ed usi derivanti dalle proprie consuetudini settentrionali, e diametralmente opposti al dritto romano. Il Colero che non meditò su questa spinta intempestiva dice che ciò fu *ob duritiem cordis eorum* (orat. De orig. et progress. jur. Saxon. §. 7.). Dalla Sassonia deve ripetersi la iniziativa della gagliarda reazione nel Nord contro la immatura applicazione del dritto romano; reazione che si estese per tutta la Germania e nei regni vicini. Con ciò spiegasi il perchè divenne comune a tutta la Germania e ai prossimi reami il dritto Sassonico, e il perchè dai regni stranieri si appellò per molti secoli al senato di Magdeburg una delle città principali di Sassonia, e reputata centro della civiltà legislativa Germanica (Gloss. Magdeburg. art. 10. §. 1. — Melch. Goldast. de jur. et priv. regn. Bohem. lib. IV. cap. 25. — Artur. Duck. lib. II. cap. 11. §. 9. — cap. 15. §. 9.). A malo stento Casimiro re di Polonia potè proibire gli appelli dai tribunali del suo regno al senato di Magdeburg nel 1356 (Macovius Hist. Polon. lib. IV. cap. 19.).

(2) *Ius prov.* Saxon. lib. III. art. 12 — *Ius Lubec.* lib. V. tit. 3. art. 3.

(3) *Cujacius Observ.* lib. VIII. cap. 16. — *Inst. de act.* §. 30.

CAPITOLO VI.

INDOLE DEL PROCEDIMENTO CIVILE SECONDO I VARI GRADI LEGISLATIVI.

- §. 273. Rapido procedimento, rapidissima esecuzione de' giudizi nel forte dominio. — Eternità delle pene pecuniarie.
- §. 274. Vicissitudini della mallevèria presso i Romani e nei mezzi tempi. — Diversità su questo punto tra le nazioni di origine Germanica, e cagione di questa differenza.
- §. 275. Gli istrumenti messi a livello dei giudicati. — Duplice ed energica guisa di eseguirli. — Esecuzione delle obbliganze letterali.
- §. 276. Immissione dell'attore nel possesso de' beni del convenuto senza cognizione di causa, permessa appo i Romani e nel medio evo.
- §. 277. Differenze e vizi degli antichi e dei moderni giudizi.
- §. 278. Canoni di procedura nelle varie legislazioni.
- §. 279. Privata licenza nella esecuzione sì reale che personale presso i Romani e nei mezzi tempi. — Conquiste e trionfo della pubblica autorità ne' tempi più culti.

§. 273. « Presso i barbari l'indugio è riputato cosa servile, la rapida esecuzione degna di re » (1)
In queste gravi parole di Tacito è dipinta tutta quanta è l'indole del procedimento giudiziario nel forte dominio. La troppa fretta e la troppa lentezza sono le due matrigne dei giudizi: la prima è vizio di tempi barbarici; la seconda è vizio di tempi colti. Da questa barbarica impazienza contro gl'indugi, dall'energico attaccamento ai beni, e dalla logica assai grossolana in calcolare la intensità dei reati dalla maggiore o minor chiarezza delle pruove, nacquero presso i popoli di forte dominio le pene del doppio del triplo del quattruplo etc. È superfluo che io l'accenni riguardo i Romani e Greci, imperciocchè è noto abbastanza. Queste pene anzi quelle dell'ottuplo e del novuplo (*octogild*, *novigild*) contro i debitori

(1) *Barbaris cunctatio servilis, statim exsequi regium videtur* — Tacit. Annal. lib. V. cap. 32.

era frequente presso i popoli di origine Germanica (1). In alcune parti di Germania i censi erano esatti così ferocemente che per l'indugio si raddoppiavano ogni giorno (2). Siffatta ferocia era presso che abolita a tempi di Eneccio (3).

§. 274. Con questo medesimo principio si spiega il perchè i mallevadori nei contratti si considerarono dagli antichi Greci, e Romani, come *correi* cioè obbligati in *solidum*, e non in *subsidium* (4). L'imperadore di Roma Adriano concesse loro il beneficio della *divisione*, e assai tardi Giustiniano accordandogli l'altro beneficio dell'*ordine*, cioè della escussione del debitore principale, venne a sceverare distintamente l'indole della mallevateria da quella dell'obbligazione principale. Primamente, come presso i Greci *engya* (εγγυα) significò promessa e mallevateria, così presso i Latini le voci *sponsio* e *fidejussio* indicarono indistintamente l'obbligazione principale e l'accessoria. Cujacio avverte acutamente che la parola *fidejuberè* si adoperasse nella significanza di stipulazione (5). Nei mezzi tempi le nazioni di origine germanica che modificarono le rozze e primitive consuetudini del Nord colla civiltà più recente di Roma, le cui province invasero, come i Longobardi, i Borgognoni, i Franchi ec. distinsero il mallevadore dal debitore principale, mitigando un poco la condizione del primo. Non così le altre nazioni settentrionali, le quali o rimasero nel Nord, o invasero province dell'impero lontane da Roma: presso queste il creditore poteva rivolgersi a suo talento contro il debitore principale,

(1) Dufresne — Glossar. Latin. in queste voci — Marcullus, Formul. lib. II, cap. 25-26. — Lex Salica tit. 55.

(2) Ius prov. Saxon. lib. I. art. 54—Hein. Elem. Iur. Germ. lib. I. §. 42.

(3) Hein. ib. §. 44.

(4) Fu massima di uno dei sette savi della Grecia, εγγυα, επαυ' εαρη.

(5) Ad lib. VI. ff. tit. 2. l. 13.

o contro il fidejussore che non poteva assolutamente far campeggiare a suo pro alcun beneficio, essendo l'obbligo di ambedue identico ed uguale (1).

§. 275. Nei bassi tempi in tutta Europa non vi erano propriamente giudizi ordinari, e si procedeva così nelle cause civili che nelle criminali senza figura di giudizio, conosciuta la sola verità del fatto, *sine figura judicii, facti veritate inspecta*. Gli istrumenti che si agguagliavano alla cosa giudicata, potevano eseguirsi *civilmente e criminalmente*: nella via esecutiva civile si omettevano francamente quasi tutte le formole e gli andirivieni dei giudizi. Nel secolo scorso presso noi Carlo III Borbone riformò questa usanza (2). Nella via esecutiva criminale, detta altrimenti *liquidazione dello strumento*, il debitore che aveva promesso col giuramento, e non adempiva, era condannato come spergiuro al taglio della mano, qual pena però fu raramente eseguita. Celerissima fu la esecuzione delle obbliganze *letterali*. Nelle lettere di cambio senza precedente citazione spedivansi tosto lettere *esecutoriali*, avverso cui non ammettevasi gravame se prima non si deponesse il danajo, e si liberasse al creditore. Le *apoche* di banco, e le obbliganze *penes acta* non ammettevano eccezioni se prima il debitore o non pagasse o non fosse gettato nelle prigioni.

§. 276. A noi sembra iniquo ed acerbissimo il tribuire all'attore senza cognizione di causa il possesso dei beni del convenuto sol perchè citato costui non comparve; e nondimeno era ciò convenevole a quella condizione di popoli, e segnatamente i Romani e gli Europei dei mezzi tempi si avvisarono esser cosa utilissima e giusta. Siffatta immessione in Roma durò anche quando mal si affaceva ai mutati costumi,

(1) Hein. Elem. Iur. German. lib. II. tit. 16. §. 447. et sqq.

(2) Pragm. 18. — De Ordin. et form. Iudic.

cioè negli ultimi tempi della repubblica, e sotto l'impero. Tanto può la cieca venerazione dell'antichità! Non così avvenne in Europa quando la cresciuta umanità delle nazioni aboliva le prepotenze e i pregiudizii della ricorsa barbarie.

§. 277. Che dirò dei giudizi presso le nazioni di forte dominio? N' erano i principii scrupolosi pei riti di religione, solennità, simboli, ed immagini grossolane della primitiva violenza. La discussione dei piattii e l'eseguimento delle sentenze furono rapidissimi. Per tacere degli altri popoli i Longobardi spesso in un sol giorno compivano i loro litigi (1).

Al dir di Giannone (2) presso i Normanni ed altre nazioni del medio-~~vo~~co, le liti si terminavano incontinentemente senza indugi, rigiri, e sottigliezze. Egli è vero che talvolta secondo l'antico proverbio francese

Qui tost jugé et qui n'entend

Faire ne peut bon jugement.

Ma non può dubitarsi ancora che spesso i giudizi dei popoli inciviliti per tanto indugio divengono acidi, al dir di Bacone, e invece di essere ancora delle leggi si mutano in trastullo degli intriganti, ed inutile medicina di membra incancrenite.

Quando in processo di tempo la prisca rapidità, non mancarono i seguenti legislatori di restringere in brevi spazi tutti gli stadi del procedimento giudiziario.

§. 278. La procedura dei popoli culti se da un lato deve offrire al cittadino le più sicure garentigie per la custodia, e la revindicazione de' suoi dritti; dall'altro lato non dovrebbe somministrare pabolo indecoroso allo spirito di cavillo (3). Le passioni

(1) Pecchia ivi lib. II. cap. 9.

(2) Giannone lib. X. cap. 11.

(3) *Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, vous*

fervide ed accanite delle parti contendenti, la ingordigia e la venalità dei difensori, e cento altri vizi profanarono fin da' tempi più remoti la santità de' giudizi.

Si è spesso pronunziato, e spesso anche tradito il primo canone di una buona procedura—Economia di tempo, economia di spese—A questo scopo mirano gli sforzi dei più saggi legislatori.

Ne' giudizi deve campeggiare l'uguaglianza giuridica dei contendenti, e nel dubbio deve proteggersi il reo a preferenza dell'attore, il quale ha potuto preparar l'assalto, e combinare i mezzi di offesa contro il convenuto, che può esser colto all'improvviso, e deve difendendosi respingere un'attacco forse imprevisto.

§. 279. Presso gli antichi Greci, Romani, e tutti gli Europei dei mezzi tempi il debitore nel difetto di beni potevasi imprigionare senza che facesse mestieri di esprimersi questo patto nella convenzione. Accordavasi agli antichi Romani la facoltà di vendere privatamente i pegni volontari. Ne' mezzi tempi il creditore ipotecario, se nello strumento si era stipulato il patto *de capiendo* ed apposta la clausola della *costituzione del precario*, poteva privatamente ripetere l'immobile ipotecato contro il terzo possessore, ciò che presso noi venne mutato da Ferdinando I. della dinastia Aragonese.

Teodorico, Zenone, Giustiniano (1) vietarono se-

en trouverez sans doute trop; si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent peu, et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté. Montesquieu—Esprit des loix. liv. XI. chap. 2.

(1) Cassiodorus lib. IV. cap. 10. L. unic. C. Ut nullus ex vican. Nov. 52 e 134—Veggasi Merlin, Répertoire v. *clain* che indicava un pignoramento così reale che personale, tanto sui mobili, quanto sugl' immobili, per conoscersi quanto arbitrio le consuetudini Francesi attribuivano ai creditori.

veramente la pessima costumanza de' creditori, i quali toglievansi in pegno la roba del debitore senza autorità del magistrato; ma questi divieti riuscirono vani, crebbe non iscemò la privata licenza de' creditori.

E' volgendo l'animo a cose più antiche ed atroci, chi potrà rammentare senza fremiti le prigioni private dei creditori romani e greci, e le asprissime maniere, onde insevirono contro i debitori; il tagliamento in più pezzi del corpo del debitore per dividersi tra i suoi diversi creditori, e le ferventi commozioni della plebe greca, e romana suscitate dalle sevizie degli usurai (1)?

Quando i benefici progressi della umanità tersero la ruggine degli antichi costumi, e lenirono le asprezze del forte dominio; quando l'autorità nazionale è forte abbastanza, e gelosa de' suoi diritti; quando l'arbitrio privato perdè l'antico terreno, e venne

(1) Per legge delle XII Tavole i debitori scorsi 30 giorni detti *justi* dopo la loro condanna o confessione senz'aver pagato, erano fatti schiavi dei creditori, e dicevansi *nexti*. Costoro potevano ligarli con una catena al collo o ai piedi (*nervo vel compedibus*). Se non accordavansi tra loro nello spazio di 60 giorni i creditori li vendevano nelle pubbliche fiere (*nundinis*) e non ritrovandosi alcun cittadino che li comprasse, si permetteva venderli ai forestieri. Se un debitore aveva più creditori, allora il suo corpo doveva dividersi, e ciascun creditore ne prendeva un brano corrispondente al suo credito. Siffatta divisione di corpo fu spiegata per divisione di prezzo da Bynkersoek, e d'alcuni recenti scrittori, non ostante le parole assai chiare e tremende delle XII Tavole. Questo rigore a poco a poco si rallentò. Finalmente Massimiano e Diocleziano proibirono la schiavitù per cagion di debiti (l. 12. C. de oblig. et act.). Giustiniano nella novella 135 volle che i debitori falliti per disgrazia non fossero neppure obbligati a cedere i loro beni per godere il privilegio della legge Giulia, bastando ch'eglino *ejurarent bonam copiam*, cioè giurassero di non poter pagare. Covarruvias ci fa testimonianza dell'arbitrio dei creditori nella Spagna, loro concesso dai libri dei *partiti* ch'erano antichissime leggi; quale arbitrio durò fino a tempi dai nostri non molto lontani — (Variar. resolut. lib. II. cap. I. n.º 5.).

circoscritte nei suoi giusti confini; la privata licenza deve ricevere un colpo fatale. Non più bollori di passioni, precipitanza di procedimento, disuguaglianza di condizioni, acerbità di private esecuzioni. L'autorità pubblica vacua di affetti, rigida calcolatrice, ed imparziale esecutrice esamina e punisce le infrazioni de' dritti, e minaccia severamente coloro che ardiscono usurpare la missione ch' Ella è destinata a compiere.

LIBRO V.

Vendetta dei dritti.

CAPITOLO I.

DEL CORSO E DEL RICORSO DELLE PENE E DELLE PROVE.

- §. 280. Difficoltà della materia. — Discrepanza di opinioni sulla origine e sulla giustizia del dritto di punire.
- §. 281. La pena nacque preghiera ed olocausto alla divinità.
- §. 282. Nello stadio teocratico la pena è una espiazione, un ristoro dell'ordine violato.
- §. 283. Nel secondo periodo legislativo la pena è soddisfazione del danno.
- §. 284. Il dritto *ciclopico* di famiglia cede il campo alla posanza Sovrana. — Calcolo del male subiettivo ed obbiettivo, cioè del *do'o* e del *danno*.
- §. 285. Nel terzo stadio la pena diviene esempio e prevenzione dei reati.
- §. 286. Vendetta è il termine supremo della penalità, sotto qualunque aspetto la si vuol riguardare. — Considerazioni di Lamartine sulla pena di morte.
- §. 287. Nel primo stadio di civiltà la prova non è che divinazione e giudizio di Dio.
- §. 288. Nel secondo stadio la prova si chiede nella natura umana guardandosi più il subbietto che l'obbietto.
- §. 289. Nel terzo stadio si chiede nella natura umana guardandosi parimenti il subbietto e l'obbietto.
- §. 290. Se l'*arbitramento* degli indizi sia sempre incomportevole.
- §. 291. Ogni prova di un avvenimento deve incominciare da due fatti, *semplice*, e *complesso*. — Cosa essi siano.
- §. 292. Si definiscono le idee di *verisimiglianza* e di *probabilità*. — Problemi nella cui soluzione si versano.

§. 280. Subbietto, obbietto, tutela e vendetta de' dritti, ecco le quattro sillabe della parola legislativa sancita nel codice di ogni nazione. Si è fi-

nora favellato della natura del dritto, delle sue diverse spezie, e dei modi onde spiegasi nel suo campo di azione. Or ci rimane a ragionare della tutela dei dritti, alla quale principalmente mirano le leggi penali.

Quando io veggio che l'uomo dotato delle più nobili facoltà, di una mente capace di straordinari concepimenti, di un cuore anelante a sublimi consolazioni; creato a compiere un'augusta missione, e fatto ad immagine di colui ch'è somma intelligenza e sommo amore; debba soggiacere al giudizio di altro uomo, interrogo me stesso, qual dritto ha costui di giudicare il suo simile? Questo dritto altissimo del magistrato vien forse dalla sua natura miglior dell'altrui, ovvero dalla natura corrotta di chi dee prostrarsi alle sue decisioni? Ma s'è vero che l'uomo dee sommettersi all'arbitrio del suo simile, ed espiar la pena che costui gl'inflige, è la *giustizia* o l'*utilità* la misura del castigo? Gravissime quistioni discusse in tutt'i tempi, agitate in tutt'i luoghi, variamente sciolte dalle varie scuole, di cui ciascuna ebbe i suoi proseliti (1). Ma s'è difficile l'investigar la suprema ragione del dritto di punire, è poi difficilissimo il determinare tali elementi di prova da generar sì piena certezza che valga a conquistar l'intelletto, ed a francheggiar la coscienza

Sotto l'usbergo del sentirsi pura.

Quanti giudizi non furono profferti in seno delle tenebre! Di quante pagine luride e sanguinose non debbono arrossire gli annali dell'umanità!

§. 281. È nostro divisamento, giusta il sistema

(1) P. S. Mancini giovane avvocato, della cui amicizia ci onoriamo nelle risposte a due lettere del signor Mamiani della Rovere illustre scrittore Italiano, espone eruditamente le diverse sentenze dei filosofi circa il dritto di punire, e l'esamina con molto accorgimento.

da noi seguito, di considerar la genesi, e'l procedimento delle pene e delle prove secondo le diverse epoche legislative, esame arduo ma necessario per conoscere donde ci siam dipartiti, e dove siam giunti; qual senso comune abbia dominato nei varî tempi, e di quali lezioni possiamo far tesoro colla notizia del passato, s'egli è vero che

Specchio del di che nasce è il di che muore:

La pena nacque preghiera ed olocausto alla divinità: crebbe soddisfazione del danno invocata dalla pubblica o dalla privata vendetta: si spiritualizzò a garanzia dell'avvenire, e tutela della incolumità sociale.

Nel primo stadio l'onnipotente irresistibile voce della religione è la prima favella civile, che in animi alteri e feroci genera ubbidienza e terrore. La potestà sacra nella barbarie dei popoli è il baluardo più poderoso contro la efferezza e la licenza de' privati. Un Nume che si vede da per tutto, che tutto riempie di sua possanza, il cui cenno è la folgore, la cui voce è il tuono; assorbe colla sua immensità e col suo dominio tutta la natura, e per questa considerazione regge il sistema di Hegel, Gans, e Cousin, in ciò che la prima idea la quale rivela nel regno della intelligenza e della umanità è quella dell'infinito.

Allora la pena è voce inesorabile del destino: Dio stesso non può salvare il reo. Giove presso Omero non può distornare il supplizio dal capo di un'uomo destinato a morire (1).

I Latini dissero il colpevole *sacro* alla divinità offesa—*Dīs sacer*—*Suspensus Cereri necator*—ed altre simiglianti parole che leggonsi nei frammenti del gius Decemvirale. Di qui la origine delle voci *hostia* *victima* *supplicium*, di cui sì lungamente favella il nostro Vico.

(1) Omero *Il'ad.* lib. XXII.

Nella barbarie pagana ogni padre era sapiente, sacerdote, e re di sua famiglia, e la voce *vir* presso gli antichi latini contenea (come altrove si è detto) la triplice nozione di sapienza, sacerdozio, e regno; e la patria potestà detta dai Romani *domestica maiestas* potea conoscer della vita e della morte di sua famiglia. La esecuzione materiale delle pene era per lo più affidata alla casta sacerdotale e si riputava ufficio onorevolissimo. Quel che Tacito ci narra degli antichi Germani che i sacerdoti punivano di pena capitale i rei, fu general consuetudine dei popoli nel primo stadio di umanità. Le vergini sanguinose e viperine dette *Eumenidi* dai greci, e *furie* dai latini, le quali dall' ardente poesia dei primi popoli furon fatte compagne crudeli dei malvagi, ci dipingono al vivo la forte idea di cui si circondò la giustizia e la santità de' castighi. È notevole ciò che il coro delle Eumenidi rimprovera presso Eschilo ai giudici di Oreste:

*Ahi Numi ragazzi!
Conculcatori delle vecchie leggi,
Che di man ci toglieste un delinquente.*

Quali parole ci dimostrano la inesorabile severità delle vecchie leggi che s' inchinavano alla mitezza di tempi più umani (1).

§. 282. La pena nello stadio teocratico è una espiazione, un ristoro dell' ordine violato, di cui è padre custode e vindice Iddio: è una reintegrazione dei confini; un pareggiamento delle disuguaglianze generate dalla malizia; è un riempimento del vuoto prodotto dalla colpa. Secondo Pindaro *ata danno*, ingiuria, è figlia del *coros* cioè eccesso, oltracotanza, quasi *ecoros* che suona in greco fuor de' confini, pensiero che traluce in questi versi di Dante:

*O rucciati dal ciel, gente dispetta,
Ond' esta oltracotanza in voi si alletta.*

(1) Eschilo, Eumenid. vs. 780.

Aristotile, principe della greca filosofia riduce tutt' i reati a *pleonaxia*, che in greco vuol dire eccesso, e che i grammatici con poco accorgimento traducono avarizia, e che meglio il nostro Vico traduce *cupidità*. Nell' inno alla giustizia attribuito ad Orfeo (1) dicesi che augusta missione di costei è l'aggiugliamento delle disuguaglianze giusta la norma del vero, verso che Petrarca fè suo. Dante ci avvisa che lo scopo della pena è il riempimento del vuoto prodotto dalla colpa,

*Se non riempie dove colpa vola
Contro mal dilettar con giuste pene.*

E queste idee acutamente sviluppò il nostro Genovesi, allorchè discorrendo nella sua metafisica italiana (2) l'origine dei mali, mostrò come questi nascano dalla legge cosmologica di collisione ch'è il massimo dei beni di questo mondo, perchè qual mondo senza ordine, e quale ordine di sostanze attive senza collisione? Il male è metafisico, fisico, morale, politico, religioso, secondo la legge cui si oppone. Nella custodia dei confini sta l'essenza dell'essere finito, la sanità, la virtù, il patriottismo, la pietà religiosa. Custodia dei confini è l'equilibrio delle forze ordinate. E questi pensieri mercè la guida delle indagini etimologiche nobilmente svolse e chiari l'egregio nostro Comm. Nicolini.

§. 283. Nel secondo stadio la pena si risolve in soddisfazione del danno. Si tratta meno di placare l'ira ultrice dei numi, che di ristorare alla meglio un danno recato all'uomo o alla società. Non essendosi ancora levato abbastanza il pubblico potere su quelle delle famiglie, nè valendo il primo a comprimer l'impeto e la licenza del secondo, fu tollerata la general costumanza di comporre le pene colle multe

(1) Εἰς ποταμὸν ἀλγέων συνάγονται ἀνομήων.

(2) Capit. 8. part. 1. §. 1. *Il primo è il male fisico, il secondo il male morale.*

a piacimento dell'offeso o della costui famiglia. Di ciò ne porge insigni esempi Omero (1): ed i codici dei mezzi tempi, nella impotenza della sovrana potestà, autorizzarono e protessero siffatte composizioni private. Quindi ammende furono riscosse in Grecia ed in Roma dalla parte offesa o da' suoi parenti, dette pene e multe; presso i popoli di origine germanica dai principi, e dagli offesi, o famiglie di costoro, e nominate *weregild* s'esigeano dagli offesi, *sine se* dai principi, onde provenne, come osserva il nostro Genovesi, nelle germaniche comunità il nome, e la prima idea di finanze. Le voci *epitimia* e *poine* greche, e *multa* latina, non espressero dapprima che un'ammenda pecuniaria, anzi i greci etimologi si accordano in dire che pena deriva da *phoinos* o *phonos* uccisione, perchè nel primo suo sorgere non fu che composizione pecuniaria dell'omicidio; composizione necessaria nello impero della privata licenza perchè tendente a reprimere gli odii, e a distornare dalla società un torrente di malanni. Se le stragi si punissero colle stragi, e le offese col l'offese, qual termine si potrebbe imporre ai disordini civili? Saprà la passione concitata equilibrar l'azione colla reazione; potrà la ragione dell'offeso resistere alle furie dello sdegno che lo trascinano e lo sbalzano impetuosamente oltre i confini della giustizia? Ecco dunque la necessità del riscatto delle pene, della transazione sui delitti tra l'offensore, e l'offeso, o i congiunti di costui.

§. 284. M' a poco a poco il sovrano potere richiama a sè la facoltà di punire le private offese. Il fortissimo dritto di famiglia, che Omero, Platone e Vico dissero *ciclopico* cede il campo alla forte

(1) Odyss. l. 400. 111. 367 — Tacito loda questa usanza appo i Germani, imperciocchè, egli dice, le nimistà son pericolose negli stati liberi — De M. G. cap. 21 — Anche Grozio commenda questa consuetudine de' mezzi tempi. Prolegom. ad hist. Goth.

autorità dello stato. Allora sorge il bisogno di misurar le pene non più a capriccio dei privati, ma con norme sicure ed invariabili. Si sente il bisogno del taglione giuridico :

*Chi soffre ciò che altrui soffrire ha fatto
Alla santa giustizia ha soddisfatto (1).*

Ma come in tante spezie di reati, in così molteplici fenomeni della corrotta natura dell'uomo, può stabilirsi un giusto *parallelismo* dei delitti e delle pene? Dee solo calcolarsi il male subiettivo cioè il *dolo*, o il male obbiettivo cioè il *danno*, o l'uno o l'altro insieme? Se il dolo sorpassa il danno, deve anche punirsi quella frazione di malizia rimasa vuota di effetto? Se il danno eccede la volontà, questo eccesso è imputabile? Siffatte quistioni che sì acutamente furono dibattute ai tempi nostri dai più solenni filosofi, sogliono ordinariamente elevarsi verso la fine del secondo stadio di civiltà, in cui la mente legislativa non può francarsi ancora dalla idea grossolana di vendetta.

§. 285. Nel terzo stadio la pena è suggello di un'ordine migliore di cose. È il *paradeigma* (esempio) de' greci, è la *paraenesis* (esortazione) di Platone, è l'*animadversio* delle leggi più recenti di Roma. Il castigo diviene esempio ed espiazione riguardata nel suo effetto laterale ed incidente cioè nella *prevenzione* dei delitti. Allora la pena debb'esser giusta nel suo oggetto, necessaria nel suo motivo, moderata nella sua azione, prudente nella sua economia, certa nella sua esecuzione, divisibile, efficace, analo-

(1) *Εἷμα ὡδὸς τὰ κ' ἀπέχε διὰ τ' ὁδὸν γενοῖτο*—Dante lo chiamò *contropasso*—Kant pei reati d'immoralità abusò del suo taglione; stranezza imperdonabile a tanto ingegno. Aristotile chiamò il taglione dritto Radamanteo. *Etic.* a Nicomac. lib. V. cap. 8. che i Polacchi dicono *Wetza vet* da *Wett* Dio della vendetta presso i popoli Slavi.

ga, *esemplare* in tutte, *correttiva* nelle temporali. Allora come la necessità crea il dritto, debbe parimente creare, e moderar la pena—*Necessitas constituit jus* — riepiloga tutto il sistema penale di questa epoca, ne scopre il principio e l'indole—*Ut poena ad paucos; timor ad omnes perveniat*—disegna lo scopo e le conseguenze della pena nell'esercizio della sua missione. Non da ciò che merita il reo, si determina il castigo sotto un ottimo governo, ma da ciò che detta la necessità, per servirsi delle aeree parole di Trasea presso Tacito (1).

Qui giunto il criminalista si riposa nelle lucide e nobili meditazioni del nostro Romagnosi, ingegno profondo che svolgendo e spiritualizzando le grezze idee di utilità e di necessità, le rese arbitre e ministre della penalità; le sgombrò dal rude involucro della privata vendetta, le circoscrisse tra i limiti della ragione, e le circondò di tutte le armi della sua potente dialettica. Qui giunta la legge può dirsi con Aristotile Bacone e Vico, *mente vacua di affetti*, e le pene non più consistono in vittime da sacrificarsi agl'Idli, non sono più vil mercimonio di sangue, turpe composizione d'immoralità, tristo sfogo di private passioni, rabbia ed efferatezza di chi rappresenta il governo, non più male di passione per male di azione, come Grozio le desiderava, ma calcolo ragionato di necessità di giustizia e di pubblica educazione. Allora spiegasi luminosa l'idea del nostro Vico che la morale del genere umano sia la primogenita delle metafisiche.

§. 286. Nel primo stadio l'uomo vendica Dio padre e custode dell'ordine. Nel secondo l'uomo vendica l'uomo privato. Nel terzo l'uomo vendica l'umanità ossia il corpo sociale. Quindi il termine supremo.

(1) *Thrasea, multo cum honore Caesaris, et acerrime increpito Antistio; non quidquid nocens reus mereretur, id egregio sub principe, et nulla necessitate obstricto senatu, stoluendum disseruit.* Tacit. Annal. XIV. 48.

della ragion penale è la vendetta, sotto qualunque aspetto la si vuol considerare. Se si vendica l'*infinito*, la pena è atrocissima; se il *finito*, la pena è meno atroce, imperciocchè il riguardo dovuto alla creatura è minore di quello ch'è dovuto al creatore; se si vendica la società per solo fine di necessaria tutela e di futura garentigia, la pena è più mite. Nella ultima condizione di umanità è giusta ed è necessaria la pena di morte? Io non ripeterò qui le idee che all'uopo pubblicai sette anni indietro, trascriverò soltanto il brano di un discorso del signor Lamartine, non perchè contenga nobvi pensieri, ma perchè fortemente li spiega (1).

« Niuna verità vogliam noi falsare per raddriz-
 » zarne qualche altra. Noi non pensiamo che la so-
 » cietà non abbia mai avuto il dritto di vita e di
 » morte sull'uomo; ma pensiamo ch'essa non l'ha
 » più. La società essendo necessaria, essa ha, secon-
 » do noi, i diritti necessari alla sua conservazione,
 » e se ne' primordi della sua esistenza, nei difetti
 » della sua costituzione primitiva, allorchè era spo-
 » gliata di ogni mezzo repressivo, ha pensato che

(1) Discorso sull'abolizione della pena di morte pronunziato nel 1836 nella società della morale Cristiana stabilita a Parigi. Un prudentissimo Re di Egitto detto Sabacone abolì col fatto la pena di morte, e si valse de' dannati nel capo a formare argini e scavar fossi per distornare le innondazioni del Nilo, e adoperarsi in modo che il terreno Egiziano irrigato non sommerso dalle acque di questo fiume, ragionasse abbondanza di rivolte ai popoli soggetti. La terra madre di tutti gli uomini invece di esser bruttata dalle lagrime di disperazione, dal sangue de' rei, e dalla pompa funebre e tremenda de' patiboli; fu fecondata dalle lagrime di speranza, dai sudori e dai pacifici strumenti del vizio utilizzato—Diodor. Sicul. Bibliot. lib. 1. cap. 65.— Sulla pena di morte favellano lungamente Montesquieu *Esprit des loix* liv. XII. ch. 4 — Beccaria, dei delitti e delle pene, §. 28 — Voltaire, *Commentari a Beccaria* §. 10 — Mably, *Principi delle leggi* lib. III. cap. 3. — Bentham. *Opere* tom. II. Part. 3. cap. 8 — Roscoe, *Osservazioni sulla giurisprudenza penale* ecc.

» il dritto di colpire il reo era la sua suprema ragione, il suo solo mezzo di preservazione: ha potuto uccidere senza tradire la sua coscienza. Può dirsi lo stesso oggidì, e nello stato presente di una società armata di una forza sufficiente a reprimere senza versar sangue, ed illuminata abbastanza per sostituire la sanzione morale, la sanzione correttiva alla sanzione dell'omicidio, questa società può legittimamente rimanere omicida? La natura, la ragione, la scienza rispondono unanimamente no. Felice quel giorno in cui le società umane potranno dire a Dio, noi siam pronte a restituire intatte alla natura tutte le vite ch'essa ci ha confidate; contatele, o Signore, non ne manca una sola. Se il delitto ha sparso ancora qualche stilla di sangue sulla terra, noi non l'abbiamo lavata con altro sangue, ma l'abbiamo cancellata colle nostre lagrime. Noi abbiain restituita l'innocenza alla legge; la società è una religione anch'essa; ma il suo altare non è un palco (1) ». Il nostro magnanimo Re in rarissimi casi permise l'esecuzione della pena di morte. La sua clemenza, retaggio il più bello de'suoi maggiori, seppe temperare il rigor del nostro Codice penale, che per mitezza e giusta scompartizione di pene primeggia fra tutt'i codici del mondo.

§. 287. Nel primo stadio l'uomo tutto vede in Dio, e chiede la prova dei fatti negli oracoli e nelle altre guise onde la divinità si rivela. Nel secondo, la si chiede nella natura umana guardandosi più il subbietto che l'obbietto. Nel terzo, la si chiede in Dio e nella umana natura, guardandosi così il subbietto come l'obbietto.

Primamente la prova non è che divinazione e giudizio di Dio. Gli oracoli, gli auspici, gl'indo-

(1) Con ciò non intendiamo negare al sommo Imperante il dritto, che ha nelle giuste circostanze d'irrogare tal pena.

vini, le sibille inondano la terra, sono il faro nei pubblici negozi, formano il più saldo criterio morale della umanità. Anche i sogni vengono da Giove. Quindi anche i sogni son manifestazioni dei divini voleri (1). Si cerca l'oggetto in Dio, e quegli è più acuto logico, che ne sa interpretar la volontà. Ma la prima idea che tiensi della divinità è quella di una smisurata forza materiale: perciò i dritti misuransi dai fatti—*Id aequius quod validius*—e come dice Pirro presso Ennio:

*Ferro non auro vitam cernamus utrique
Vosne velit an me regnare hera.*

Quindi la vittoria è trionfo di giustizia, è volontà di suprema ragione. Quindi Menelao non sa persuadersi presso Omero, come Giove non gli accordi la vittoria sull'ospite adultero. Numa e non pochi altri legislatori dislinivano col giuramento tutt'i litigi. Presso i latini *fides* voce eroica significante forza nella sua origine era principio di ogni dritto e di ogni prova, e *Fidio* ossia Ercole era il Dio dei forti che s'invocava nel giuramento degli ottimati.

In questo stadio la confessione del reo è prova potentissima: è Dio che per le sue labbra chiede la punizione del mal fatto e la restaurazione dell'ordine,

*Quando l'anima mal nata
Gli vien dinanzi, tutta si confessa,
E quel conoscitor delle peccata
Vede qual loco d'inferno è da essa* (2).

Allora la procedura non è che una sacra liturgia. Quindi le formole romane, *orare pacti, orare furti*.

§. 288. Nel secondo stadio le prove son raccolte

(1) *Και γαρ ὅραρ ex Διὸς ἐστιν.* Omer. Iliad. I.

Virgilio così favella di Eleno sacerdote — *Æneid.* lib. III.

*Trojæna interpres Divum qui numina Phoebi,
Qui tripodas, Clarii lauros, qui sidera sentis,
Et volucrum linguas, et præpetis omina pennæ.*

(2) Dante Inf. cant. V.

in modo dissimigliante secondo la varietà delle classi sociali. Quindi varie guise d'inquirere, e diversi tribunali. In Roma grande fu la differenza tra servi e liberi, militi e pagani, circa la tortura i giudizi e le pene, e su tal punto la romana legislazione rimase nell'infanzia (1). Nei mezzi tempi lo stesso ebbe luogo con forza e prerogative maggiori. Unò era il criterio del vero, ma non potea costar sempre e dovunque degli stessi elementi, acquistarsi coll'uso degli stessi mezzi, o formarsi dallo stesso giudice. Maggior grado occupava nella società la persona lesa o minacciata, e maggior celerità anzi precipitanza usar doveasi nello indagar l'offesa e punir l'offensore. Lievi indizi bastarono a far versare torrenti di sangue. Quante pagine non dovrebbero laterarsi dagli annali della storia, ma Dio stesso non può far sì che sia non fatto ciò che si è fatto!

Nei codici barbarici si determinano dalla varietà delle classi sociali i gradi di fede d'aggiustarsi alle deposizioni dei testimoni. Federico II che nelle tenebre dei mezzi tempi cinse la triplice corona di politico di scrittore e di guerriero, non seppe o non poté sottrarsi al giogo delle idee predominanti sotto il suo impero. Un borghese in giudizio era vinto dalla testimonianza di un nobile: un barone da quattro cavalieri semplici ed otto borghesi; un conte da

(1) L. 11. C. de test.—Nov. 90. cap. 1—l. 7. ff. de test.—I servi eran detti *greges operarum*, *greges servorum*, come presso Ariosto i plebei son chiamati *vulgo e popolazzo*:

*Vulgo e popolazzo voglio dire
Degno prima che nasca di morire.*

Orland. Fur. cant. 16 ottav. 24.

A tutt'i popoli dell'antichità era comune quel principio che Valerio Massimo (IX. 10) attribuisce alla romana legislazione, che nel distribuir le pene si dovesse inseuire contro i servi, impierciocchè questi dal dolore, e i liberi dal rossore calcolano il castigo.

quattro baroni, o sedici borghesi. Era general costumanza delle tribù Germaniche, che chi volea provare un fatto, dovea condurre innanzi il capo della tribù uomini liberi e suoi uguali che giuravano sulla sua dichiarazione, detti *conjuratores sacramentales*, *aidos*.

Tanto richiedeano i privilegi e le garentigie delle classi distinte! L'abuso nella distinzione delle classi influì sull'abuso nelle categorie dei reati. Misfatti più atroci esigeano prove minori, e procedimento più rapido e violento, come se le sociali sicurezze scemar dovessero a misura che la libertà e la vita dell'individuo è più compromessa. Questo assurdo sanguinoso menò a conseguenze tristissime. Vi ebbe una epoca da noi non molto lontana in cui la prova fisica del reato non si reputò necessaria, e si giudicò della vita degli uomini colla sola prova morale (1). Sulle scene teatrali comparve nuda al popolo la ingiustizia delle sue leggi, la servitù de' suoi giudici. La innocenza dovè più volte velarsi il capo, e la natura fu costretta a fremere (2).

§. 289. Nel terzo stadio di umanità legislativa, la voce della divinità non è mezzo principale ma sussidiario di prova. I privilegi e le prerogative scompaiono dinanzi la parità dei dritti dell'individuo, la

(1) Feroce massima dei vecchi criminalisti — *in atrocioribus leviores conjecturae sufficiunt, et licet jus transgredi*—Filangieri, Scienza della legislazione lib. III. part. 1. cap. 3.

(2) Non lessi giammai prova *generica* che potesse uguagliare quella che ci offre Tacito per la strage delle legioni di Varo. Ivi dettagli minuziosi, immagini vive e potenti, vedute ampissime, induzioni spontanee e convittive, descrizione dello stato antecedente, e del presente dei luoghi, delle persone, dei tronchi, dei boschi, delle are barbariche, degli accampamenti romani; ogni circostanza del fatto famoso si legge nelle orme che vi ebbe impresse, ed ogni orma trasporta il pensiero con sorprendente naturalezza alla lucida considerazione del passato. A far ciò pochi versi bastarono al tremendo biografo dei Cesari. Tacit. Ann. lib. 1. cap. 61.

identità della umana costituzione, e la luce del vero.
Allora

Hic Jupiter omnibus idem :

allora uguale per tutti l'*auctoramentum servitutis* alla legge signora dello stato; allora *acerrima fiat indago argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisque vestigiis veritatis* (1). La confessione del reo è prova troppo fievole ed infida, scompagnata da lucide dimostrazioni del reato e del suo autore. Pria che fosse il reo *voce propria vitium scelusque confessus*, debb' essere *argumentis convictus, testibus superatus* (2).

§. 290. Qui debbe avvertirsi che l'*arbitramento* degl'indizi inopportuno nel primo e terzo stadio, è nel secondo una idea che sorge spontanea dalla indole dei tempi. Egli è vero che la verità è una ed indivisibile, nè può esservi proporzione tra cose tanto eterogenee. Egli è vero che la convinzione del magistrato esser debbe, *conscientia dubitandi securi*, giusta le solenni parole del nostro Vico. Ma ciò può dirsi ove tutti siano ugualmente soggetti alla legge, ove non sia *casta* di oppressori e gregge innumerevole di oppressi. Una prima transazione colle classi distinte della società porta seco mille altre transazioni quando la vendetta del reato è pubblica: quando è privata, non fa d'uopo di transazione nelle prove, essendo vi quella delle pene. Ma dove sorge un vindice pubblico delle infrazioni ai dritti cittadini, dove la logica penale varia secondo le classi, ogni altra transazione delle prove è comportevole, quando principalmente si fortifica dalla idea di non lasciare un reato totalmente impunito.

§. 291. Ogni prova di un'avvenimento dee principiar da due fatti, che potremo dire *semplice e com-*

(1) L. 22. C. ad Leg. Corn. de fals.

(2) L. 2. C. Quor. appell. non recip.

plesso. Il primo s'investiga nelle orme sia durevoli sia fugaci che di sè lascia l'avvenimento. Il fatto complesso s'indaga nei pensieri nelle abitudini e nei pregiudizî del popolo e della classe sociale appo cui successe; imperciocchè non avvi abitudine civile o morale, comunque virtuosa, che non abbia il suo lato debole e che non possa contaminarsi dai pregiudizî; come non vi ha lingua senza dialetto, sostanza senza modo. Il primo fatto comincia e cominciar deve dalla fisica sperienza; il secondo principia dal senso comune, e con tale fiaccola s'interroga nella sua cagione, si svolge ne' suoi elementi, s'interpetra nelle sue circostanze, si spiega nelle sue relazioni; e queste si confrontano e si annodano colle orme stesse del fatto semplice, e quanto più si fortifica la prova dell'avvenimento, tanto più scemasi quella dei casi possibili, ciò che Pagano ben ridusse alla seguente formola geometrica. « Essere gl'indizî nella ragion composta, dell'inversa dei casi possibili, e della diretta degli avvenimenti » formola che racchiuder può tutta quanta è la sua logica dei probabili.

Le prime idee che occorrono alla mente dell'inquisitore sono—*Quid factum—Ex eo quod plerumque fit*—Questi sono i due bisogni ch'ei debbe soddisfare. Ove manca il senso comune, il fatto è inverisimile,

Aut verum sequere, aut sibi convenientia fingere.

Ogni borgo, ogni città tiene i suoi idoletti, le sue propensioni particolari, i suoi pensieri dominanti, la cui ignoranza menerebbe al trionfo delle tenebre e della impunità, al sacrificio della giustizia e del vero. Quale immenso campo di osservazioni non si schiude alla mente ansiosa del filosofo pratico! Ei però debbe conoscere e giudicar dei fatti di buona fede e con discernimento, ed in ciò consiste la logica delle passioni, l'acuta percezione del probabile e del

possibile. Ei debbe svestire il vero dalle aberrazioni di cui si circonda, ei debbe spogiarlo delle immaginose esagerazioni, ei debbe correggere il falso senso comune, e non già sacrificargli il buon senso—*Dolus malus abesto—Ex animi tui sententia*—Ecco i due canoni in cui Vico racchiudea tutte le prove e tutt' i giudizi.

§. 292. È dovere del magistrato di scovrire *sinceram testimoniorum fidem, et quae rei aptiora, et vero proximiora sunt* (1). *Rei aptiora* indicano la *verisimiglianza*, la quale si versa, come dice Vico nelle cose relative all' azione. Il suo problema è » Pre- » messi taluni dati, quale azione suole avvenire e » da quali circostanze suol'essere accompagnata? » *Vero proximiora* dinotano la *probabilità* che si ag- » gira nelle cose relative alla cognizione. Il suo pro- » blema è » Le prove raccolte ci pervengono dai mez- » zi legittimi delle nostre conoscenze? Le prove rac- » colte sono sufficienti a convincere il nostro ani- » mo? » La *verisimiglianza* abbraccia l' *obbietto*, la *probabilità* abbraccia il *subbietto* delle nostre cogni- » zioni. La prima considera la natura delle cose, *quae plerumque fiunt*; la seconda contiene l'adesione della mente ad una di quelle azioni *quae plerumque fiunt*. La prima misura i gradi di *possibilità*; la seconda i gradi di *credibilità*. La certezza sorge dalla congiunzione in un punto di queste due linee parallele.

(1) L. 21. ff. de test.

CAPITOLO II.

DE' GIUDIZI DI DIO.

- §. 293. Genesi erronea che ci han dato finora de' giudizi di Dio. — Cagioni ond' essi derivarono.
- §. 294. Trattati caratteristici della supremazia Aristocratica presso gli antichi e nei mezzi tempi.
- §. 295. Splendida ma verace dipintura delle gelose prerogative della nobiltà nel poema epico di Tasso.
- §. 296. Duelli; primi combattimenti giudiziari. Quali vestigi di siffatto spirito bellicoso sian rimasti negli atti forensi e nelle voci.
- §. 297. Giudizio dei *pari* appo i Romani.
- §. 298. Tentativi fatti nel medio evo per abolire i duelli.
- §. 299. Abolizione di tutt' i privilegi. — Il giudizio dei *pari* è ristretto nelle sole trincee militari.

§. 293. Molto, anzi troppo si è detto su' giudizi di Dio, e la massima parte degli scrittori ne attribuisce l' origine alla tenebrosa ignoranza, ed ai prestigi della superstizione. Giova avventurare un' opinione che sembrerà a taluni derivata da spirito di sistema, e che io credo vera colla face della storia, politica sperimentale del genere umano. I giudizi di Dio nacquero dalla intolleranza del pubblico potere, dalla licenza privata, e dalla coscienza che hanno di loro eminenti prerogative le caste nobili della società. A ciò si arroge che a moderare le altezze aristocratiche, e temperar le licenze private tra popoli feroci, intolleranti e incolti, non suole sorgere voce più potente della divina; essa sola può favellar di giudizi a rozzi intelletti ed a cuori indomabili.

§. 294. Dalla privata licenza e dal sentimento della dignità aristocratica surse la differenza del famoso *Weregild* nei mezzi tempi per diffinire la composizione pecuniaria degli omicidi, e nacquero i *Gisili* cioè pari della curia. Ma ciò che merita maggiore osservazione, ove regna fortemente la supremazia aristocratica con poca luce di civiltà, due linguaggi

si adoprano, l'uno dai patrizi seme di Numi, detti da Omero *diogeni*, *diotrefi* (figli ed allievi di Giove), e l'altro dalla plebe oppressa. Così nei tempi Eroici di Grecia Omero ci assicura che taluni oggetti eran chiamati diversamente in lingua divina, ed in lingua umana. Così presso i latini alle voci della nobiltà *vir*, *connubium*, *liber* ed altre, corrispondevano le voci plebee *homo*, *matrimonium*, *filius ecc.* parole che vennero a confondersi nella stessa significanza quando la plebe romana primamente affrancata dal giogo dei nobili, e poscia resa partecipe dei dritti di costoro, a poco a poco rovesciò il colosso magnatizio (1).

§. 295. Tasso ci rappresentò con vivaci colori in persona di Rinaldo il sentimento troppo vigoroso della propria dignità, e delle prerogative della classe, la intolleranza di esporsi ai giudizi umani, e l'orrore per le formole giudiziarie. Ucciso Gernando da Rinaldo, Arnaldo accusa l'uccisore presso Goffredo supremo duce dell'oste cristiana. Tancredi difende l'imputato e dice a Goffredo :

*Non dee chi regna
Nel castigo con tutti esser uguale;
Vario è lo stesso error nei gradi vari,
E sol l'egualità giusta è coi pari.*

Rinaldo appena udì da Tancredi, che Goffredo lo vuol soggettare ad un giudizio, aperse le labbra ad un sorriso in cui lampeggiò tutto il suo sdegno, e poscia disse :

(1) L'alterigia romana chiamò *pubblici* i soli beni del popolo romano, non già quelli pertinenti al popolo di altre città comunque soggette a Roma, l. 15 ff. de verb. sign. Da questo principio sorgeva una conseguenza notevolissima, che la ragion dominicale di questi patrimoni reputossi per molto tempo appartenere piuttosto a privata direzione, che a pubblico interesse secondato dai benefizi, dalla speditezza, e dalle mire generali ed amministrative di pubblica economia.

*Ma se ai meriti m'ei questa mercede
Goffredo rende, e vuole imprigionarme
Pur come io fossi un' uom del volgo e crede
A carcere plebeo legato trarme,
Venga egli o mandi, io terrò fermo il piede:
Giudici fian tra noi la sorte e le armi (1).*

Tancredi procura di ammolire i fieri spiriti di Rinaldo, ma non discorda da lui che i giudizi, le prigioni e i lacci son cose da plebei, e che per gli uomini nobili ed onorati erano ben altre

*Le opinioni e gli usi
Che per legge di onore approva il mondo.*

Quali erano questi usi? Tutti derivavano dallo smodato sentimento d'indipendenza. Ataulfo Re dei Visigoti dichiara presso Orosio, che i Goti per la loro sfrenata barbarie non voleano ubbidire in alcun modo alle leggi. Corbi ed Orsua amendue aspiranti al principato di una città si protestano presso Livio, che non altro giudice riconoscevano fuor che Marte. Nei mezzi tempi l'imperatore Corrado chiama cosa regale il diffinire co' duelli le controversie (2).

Di qui derivava la impunità dei delitti più enormi, e le pubbliche e private nemistà per cui, al dir di Dante

*L'un l'altro si rode
Di quei che un muro ed una fossa serra,*

E si dovette di tempo in tempo aver ricorso alle

(1) Gradasso avrebbe detto presso Ariosto (Orlando furioso cant. XXVII. ott. 58.)

*La mia ragion dirà mia scimitarra,
E faremo il giudizio nella sbarra.*

Veggasi il medesimo poeta in tutto il canto V.

(2) Gerusalemme liberata canto V. ottav. 36-43-49. Oros. lib. VII. cap. 29.—lib. XXXVIII. cap. 21.—Muratori Antich. ital. dissertaz. 39.

tregue di Dio per sospendere alcun poco le odiosità e le vendette (1).

§. 296. Che tutt'i popoli nei primordî della società facessero uso del duello, e di altri divini giudizi, è chiaro per mille storiche testimonianze, e per le voci delle loro lingue. La parola greca *crino* e le romane *certare*, *decertare*, *decidere*, ed altre indicanti procedimento, e pronunzia giudiziaria, nella primeva genuina e materiale significanza non esprimevano che reali combattimenti, ai quali subentrarono col progredimento della umanità dei popoli, e della pubblica autorità altre guise di procedere più pacate e sociali, ma non altri vocaboli (2). La *vis festucaria*, e molte cose simiglianti che nel gius Romano si dicea farsi *dicis caussa* non erano, al dir di Vico, che imitazioni della vera violenza, quando alle forze private succedessero le finzioni giuridiche, o per dirlo in altri vocaboli, quando tra i primi cittadini, cessato lo stato *ex lege* e *monastico*, dai *certi violenti* e *veri incerti* si passò alle *cose certe* e *vereconde*.

Gli Umbrî, per tacere degli altri paesi d'Italia, decidevano colle armi alla mano tutt'i loro piati (3). Omero ci assicura dei duelli presso i Greci (4). Nell'Antigone di Seneca i custodi del cadavere di Polinice si offrono a dimostrar la loro innocenza, o maneggiando un ferro rovente, o camminando so-

(1) Dante Purg. cant. VI—Verri Disc. IV. Lo spirito di società.

(2) Queste voci furono disaminate dal Ch. Ministro Nicolini nella sua *Procedura Penale*, ove, come i tubi dell'occhietto di Tracy,

Dalla vagina delle membra sue

escono ordinate nella loro genesi, e nella loro significanza pria grossolana, poscia spirituale, i vocaboli tecnici del procedimento giudiziario.

(3) Stoleo—Sermone dell'irgiustizia,

(4) Iliad. lib. III.

pra il fuoco, o giurando. Presso gli antichi Romani erano conosciuti e praticati non solo i duelli, m' ancora gli altri giudizi di Dio. Ne abbiamo più testimonianze in Livio ed Ovidio, anche ne' tempi che Roma avea cominciato a dirozzarsi (1).

Ma quando si cominciò

Pacisque imponere morem.

cioè quando la civile concordia passò ad abitudine civile, quando il dritto della pubblica violenza termine del dritto delle genti maggiori, come lo chiama Vico, cesse il campo all'ossequio della legge regina della giustizia architettonica, e salvezza della pubblica potestà: introdotti i giudizi umani, per non offendersi la schifiltosa arroganza degli Aristocrati, le frasi dei giudici erano moderatissime. Presso i greci usavansi le voci *esser possibile*, *esser convenevole*, *sembrare* (2), che rispondono a quelle del senato e dei giudici romani, *placuit*, *videtur*, *sensit*.

§. 297. Che i Romani riconoscessero il giudizio dei *pari*, scorgesi chiaramente dall' esempio di Coriolano il quale dispregiando le minacce tribunicie dicea che i tribuni della plebe, non aveano potestà sopra un patrizio (3). Ed Appio di ciò favellando nel senato dichiara che nè per legge nè per patto, compete alla plebe la facoltà di giudicare un' uomo patrizio. Allora il Senatore Valerio, personaggio

(1) *Casta negor, si tu domnas, meruisse fotebor:*

Morte luom poenas, giudice victa Deo.

Ovid. Fast. lib. IV. v. 579 e sq.—Valerio Massimo e Plinio ci rammentano il vaglio pieno di acqua di Tuccia Vestale per comprovare la di lei innocenza.

(2) Επικινδυνεύειν, ενδεχειν, ειςκος ειναί, δοκειν. Mazoch. Tabul. Heraclenses p. 154. not. 21.

(3) Liv. lib. II. cap. 19—*Contemptim primo Mortius oudiebat minas tribunitias, auxilii, non poenae jus datum illi potestati, plebisque, non patrum tribunos esse.*

odpolarissimo, come lo chiama Dionigi d'Alicarnasso, fu di opinione che non per legge, ma per mantenersi la concordia cittadina, si dovesse dal Senato conceder la grazia alla plebe di giudicar della vita di Coriolano, perchè forse la plebe suddetta appagata della umiliazione di un patrizio, non sarebbe divenuta al termine del giudizio; e questa sentenza venne accolta dal Senato (1).

§. 289. Presso noi nei mezzi tempi Ruggiero, i due Guglielmi, e Federico II. Svevo colle loro leggi si adoperarono fortemente a ritrarre la nazione dallo stato di anarchia al reggimento della pubblica autorità, ed a bandire i giudizi di Dio, sostituendo ai medesimi forme più regolari di procedimento. All'identico scopo mirava in Francia S. Luigi quando abolì il combattimento giudiziario, e questo esempio, ci dice uno scrittore francese, che diede la virtù coronata fu felicemente imitato dai grandi feudatari nelle loro terre (2). È celebre la costituzione *Monomachiam* di Federico II sopra il duello. Ciò non ostante i nostri Principi non poterono abolire la differenza delle persone nella distribuzione delle pene, nè distrugger le odiose categorie; che anzi gli stessi Ruggiero, e Federico vollero, che niuno fosse ascritto nella milizia se non discendeva di sangue militare, e nessun giudice anzi nessun notaio si creasse, i cui maggiori non fossero stati insigniti di siffatta professione (3).

(1) Dionys. Halic. lib. VII. Μεγιστον δε υμιν γινεσθαι τεκμηριον, οτι ουτε νομος, ουτε αι συνθηκαι κατ'ανδρος πατρικιου δικαζειν το δημος δεδοικασιν εξουσιαν, ο ποιει νυν αυτος ο δημος. αιτειται γαρ αυτο παρ' υμων προτερον γ' ουκ εχεν *Maximo autem argumento colligere potestis nec ex lege, nec ex pacto jus esse plebi judicandi hominem patricium ex hoc ipso quod nunc plebs facit; petit enim a vobis hoc quod non habet hactenus* — Così Appio favella nel Senato. Valerio uomo molto popolare (ο δημοτικωτατος) come lo chiama il medesimo storico fu di avviso contrario per la ragione or ora espressa.

(2) Poncet traité des jugem. tit. III. §. 261.

(3) Const. de fals — Const. de nov. milit.

Anche nei tempi in cui cominciava a dileguarsi la caligine della barbarie, i cavalieri tra infiniti altri privilegi erano immuni dalle pene degl'ignobili, e non erano tenuti a battersi coi medesimi in duello (1). Sotto il regno degli Angioini le cause civili e criminali dei feudatari doveansi giudicare dai pari della curia. Non ostante le pene severissime comminate da molti concili e segnatamente dal Tridentino; e le numerose prammatiche dei Vicerè Spagnuoli e principalmente del Cardinal di Aragona, la mania dei duelli potè scemarsi ma non distruggersi (2).

§. 299. Da siffatte distinzioni e prerogative di classi nacquero mille abusi ed innumerevoli eccezioni procedenti in maggior parte da cattiva interpretazione di privilegi (3); i tribunali e le giunte straordinarie moltiplicaronsi in Europa in modo che il loro solo catalogo potrebbe riempire molte pagine.

Quando tutte le disuguaglianze sono agguagliate innanzi al sovrano potere oceanico di tutte le attribuzioni e di tutte le dignità; quando il Re di un popolo può dirsi colle sublimi parole di Virgilio, imparziale verso tutti gli ordini dello stato:

Tros Rutulove fuit, nullo discrimine habeo.

i privilegi scompajono, la stessa uguaglianza giuridica protegge tutt'i cittadini. Se il giudizio dei pari rimase ancora nelle trincee militari, lo fu perchè il prestigio della subordinazione parte essenziale della disciplina dei militari, il cui domicilio è la bandiera, la cui gloria è lo *stare agli ordini*, come dice

(1) Giannone Stor. civ. lib. 20. cap. 3. §. 1. cap. 9. §. 2.

(2) Giann. lib. 38. cap. 2—Concil. Trid. Sess. 23 de reformat. cap. 19 — Veggasi Scipione Maffei nella Scienza chiamata cavalleresca, ove tesse la storia del duello, e si sforza di combatterlo. V. Botta, storia dei popoli d'Italia lib. IV.

(3) Giann. lib. 19. cap. 5.

il Macchiaveli, sarebbe distrutto, se uffiziali inferiori conoscessero della vita e delle azioni dei loro superiori.

CAPITOLO III.

DI ALCUNE DIFFERENZE TRA LE ANTICHE E LE MODERNE LEGISLAZIONI CIRCA LA RAGION PENALE.

- §. 300. Si riepiloga quanto si è detto nei capitoli antecedenti intorno l'origine e le conseguenze sociali della licenza privata.
- §. 301. Dritto dei privati alla pubblica accusa in Grecia ed in Roma. — Ragione delle vicissitudini le quali subì tal dritto nel medio-evo.
- §. 302. Se sia punibile la ingiuria poggia sul vero — Diversità di legislazioni secondo i vari gradi di civiltà.
- §. 303. In quali condizioni sociali sia tollerabile la privata composizione de' reati.
- §. 304. Facoltà che rimangono agli offesi presso le più colte nazioni.
- §. 305. Pene acerbissime nel forte dominio contro i reati riguardanti la proprietà — Pene leggiere contro gli stessi reati sotto l'impero della forte convenzione.
- §. 306. Si chiede il perchè nel primo stadio legislativo la frode sia punita più della violenza, ed avvenga il contrario nell'ultimo periodo di civiltà.

§. 300. Si è altrove favellato quanto nei primi periodi dell'umana civiltà fosse vigorosa la potestà dell'individuo e della famiglia, ed eminente la coscienza delle categorie cittadine; come venissero distinte con larghissimi confini le classi, ed inceppata la suprema potestà. Da tutto ciò noi derivammo i dritti smodati degl'individui e delle famiglie, le interminabili private violenze, i giudizi e le tregue di Dio, le composizioni pecuniarie nei delitti più atroci e l'eccessiva tolleranza del supremo potere. Quando questo cominciò a trarre più fortemente a sè e riunire le troppo sparpagliate emanazioni della pubblica forza e del pubblico consiglio; rimasero ciò non ostante per lunga pezza vestigi luminosi dell'antica privata autorità; imperciocchè siccome la natura cosmologica,

così la morale non procede per salti, e cura del giuriconsulto non dev'essere solamente quella di sostare al presente, m'anche d'interrogar la storia de' tempi ed investigare le orme tracciate dall'umanità delle nazioni.

§. 301. Rallentata la mania di farsi dritto di per sè, restò lungamente nei cittadini delle prime civili società il dritto della pubblica accusa, anzi si reputava ciò parte integrale della somma preziosa delle facoltà concesse alla cittadinanza. Così leggiamo nella storia dei greci e dei romani pubblica l'accusa, anche nei reati di adulterio; e l'acuto ingegno del Macchiavelli proclama la necessità di questo dritto negli stati liberi. Ma quando Roma stanca e logora dagli orrori delle guerre civili non potè trovar pace che sotto la dominazione di un solo; quando aboliti i comizi, eclissata la gloria e la preminenza del Senato, assorbiti i rivoli della potestà individuale, e familiare dallo immenso oceano del supremo potere; la pubblica accusa venne ad illanguidirsi; nacque e crebbe alle aure della tirannide sospettosa e truculenta de' Tiberi dei Caligola dei Neroni l'infame progenie dei delatori, e convenne a taluni Imperadori Romani creare gli uffizi novelli dei *curiosi*, degl'*irenarchi*, degl'*stazionari*, degl'*afoplisti*, dei *biocoliti*, degl'*oziosi*, ed altri simili per occorrere alla investigazione ed all'accusa dei reati.

Nella ricorso barbarie fu pubblica parimenti l'accusa, siccome dimostrò con pruove irrefragabili il nostro Mario Pagano (1). Ma la preferenza della vita privata alla pubblica introdotta dalle conquistatrici generazioni del Nord (come altrove si è detto) impedì che il dritto de' privati alla pubblica accusa avesse la medesima durata ed estensione la quale ebbe in Grecia ed in Roma. Quindi surse il bisogno di una spezie di magistratura, la quale non tormen-

(1) Cod. Penale cap. 20.

tata dagli aculei della vendetta privata, ma con calma accortezza e dignità sorprendesse le orme fuggitive de' reati, distrigasse le ambagi, rivelasse i misteri, delineasse la storia dell'avvenimento, e ne promovesse la punizione.

§. 302. Non debbe trasandarsi una diversità di legislazione assai notevole. Negli stessi periodi da noi pocanzi descritti, ergendosi ciascun cittadino in accusatore ed investigatore dei reati e vindice delle leggi; tolleravasi la diffamazione qualora fosse poggiata sulla verità. Solone la lasciò impunita presso gli Ateniesi, come assicura Licia. Lo stesso adoperarono i Romani legislatori (1).

Nei mezzi tempi campeggiava la stessa disposizione. Ma quando la pubblica autorità arrogasi il dritto di punire essa sola i reati dei popoli, e diffinire il grado di moralità delle loro azioni; allora dee bastare la sola *nemesi* delle leggi, nè convien lasciare ai privati la facoltà di erigersi censori dell'altrui vita, e profanarne la riputazione con acre e sconsigliata maldicenza. Inoltre chi vi sarà così puro di colpa in questa terra, che possa svelare a suo talento le altrui iniquità? E se anche vi fosse costui, violando la più sacra proprietà dell'uomo, l'onore, ha calpestata la maggiore delle virtù, la carità; senza la quale ogni virtù è superba apparenza, ogni probità è ippocrisia. Il perchè saggiamente nel Brasile, negli Stati uniti di America, in Francia, in Prussia, in Portogallo, nell'Inghilterra, ed in Napoli, per tacere di altri governi, si è tolta o modi-

(1) Horat. Sat. 1. lib. 2.

" Si quis
Opprobriis dignum lataverit integer ipse,
Solventur risu tabulae, tu missus abibis.

Paolo 1. 18. ff. de injur. *Peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

ficata la suddetta scusa della verità delle ingiurie (1).

§. 303. La privata transazione dei delitti allora è utile quando per la gagliardia della privata licenza, e la debolezza della pubblica autorità, la *pecunia* per servirmi di una espressione del Cardinal Pallavicino, (2) è ogni cosa virtualmente, e non potendosi porre alla malvagità un freno di ferro, conviene che se le imponga di argento. Allora è utile, quando da padre a figlio passa come sacro retaggio, come dovere di pietà filiale e di familiare decoro, l'ira insaziabile e la trista gioja della vendetta (3). Roberto riputato uno dei nostri più saggi Re colla sua famosa lettera arbitrale—*De componendo et de commutatione poenarum*—non dovea concedere nei suoi tempi fecondi di ottimi ingegni che incominciavano a fuggire la notte della ricorso barbarie; tanto potere ai suoi uffiziali di comporre in ammende pene di atroci reati. Indarno poscia Carlo V colla sua Prammatica—*Insuperata delictorum venia*—raccomandò ai suoi baroni ed uffiziali di servirsi delle composizioni pecuniarie con accortezza e giustizia. Vano ricordo, ove l'abuso tristo autore di conseguenze tristissime, avea gettate sì profonde radici. Siffatte transazioni son pericolosissime nei tempi d'incivilimento. Se Francesco Cenci uomo di ricchissima schiatta, ma di consumata libidine non avesse trovato ben tre volte scampo alle pene de' suoi vizii nefandi col transigere il castigo in 200 mila scudi, non si sarebbe contaminato di un incesto abbominevole, non sarebbe stato vittima di un parricidio, e non avrebbero sofferto supplizio così crudele e miserevole la moglie, il figlio primo-

(1) Non ostante il principio di Blackstone che nel libello debba punirsi non il falso, ma la provocazione; la giurisprudenza Inglese ammette in più casi la pruova della verità contenuta nella diffamazione.

(2) Storia del Concilio di Trento lib. I. cap. 25.

(3) Dante Infern. cant. XXI. vs. 30—Alfieri, Oreste.

genito Giacomo, e la bellissima e sfortunata figliuola Beatrice (1).

§. 304. Debollata la licenza individuale dalla pubblica autorità, non deve però negarsi alla parte offesa o ai suoi congiunti l'azione *civile* pei danni ed interessi. È giusto che l'offensore coll'azione *pubblica* ristori l'ordine della società da lui violato, e coll'azione *civile* risarcisca le perdite cagionate all'offeso.

Nei lievi reati ed in quei che attentano l'onore delle famiglie, l'azione pubblica presso i popoli più culti di Europa non si mette in azione qualvolta non sia provocata da istanza privata; e si arresta laddove fino a un determinato periodo del giudizio, l'offeso condoni l'imputato. Si è voluto conservare ai privati questa facoltà per non inasprire gli odî, e perchè in azioni che poco e da lungi compromettono l'ordine pubblico conviene, *parvis peccatis veniam, magnis severitatem commodare*, per servirmi delle gravi parole di Tacito (2).

Nei reati che riguardano l'onore delle famiglie si è concessa la stessa facoltà. Si è considerato che in questi falli giova più il silenzio, che una trista verità la quale sparge la infamia sull'onore de' privati, e lo scandalo sulla pubblica morale.

Provvido divisamento è quello di tener lontano l'omicida dalla patria dell'ucciso. La presenza di colui nel luogo ove soggiornano i congiunti del morto potrebbe destar vivi desiderî, e funeste opportunità di sanguinose vendette.

(1) Farinacius, Quaest. 120. N. 172. De homicidio lib. I. Cons. 66—Muratori Annali d'Italia ann. 1599.

Questa pena pecuniaria detta altrimenti prezzo del sangue è tuttora ammessa in molti casi presso i Turchi. L'ascendente omicida del discendente non è tenuto che ad un'ammenda da pagarsi fra un triennio—Un musulmano uccisore di uno straniero (*Mustermiin*) non è costretto che ai soli danni ed interessi.

(2) Vita Agricola.

§. 305. Presso gli antichi Romani la prima garanzia del dominio era la religione: i violatori della proprietà divenivano vittime da involarsi agli Iddi, e quindi come altrove si è detto, il loro castigo dicevasi *supplicium* da *supplex*. Son troppo famose e tremende le antichissime leggi di Roma — *Qui terminum exarassit, ipse et boveis sacri sunt* — *Qui frugem aratro quaesitam nox pavit secutivae suspensionis Cereri necator*. —

Nei mezzi tempi moltissimi desiderosi di assicurare i loro beni, li donavano alla chiesa, e questa li concedeva poscia al donante con una lieve riconoscizione. I Pontefici Romani ed altri prelati coi loro precetti ossia *mundiburdii*, detti altrimenti *defensionis quies*, *immunitatis praeceptum* (1) difendevano le proprietà poste sotto il loro patrocinio, e fulminavano anatemi tremendi contro gl' invasori. Son notevoli le parole di Giannone. « Il terrore che » a questi tempi portavano al popolo le censure » era tanto, che nessuna cosa metteva maggior spavento, ed era cosa mirabile che i capitani e i » soldati del resto scelleratissimi, e senza alcun timore di Dio, che usurpavano quello del prossimo » senz'alcun riguardo di offendere S. D. M. guardavano con gran rispetto per timore delle scomuniche le cose della chiesa (2).

Premesso ciò non vi era dubbio in quella condizione di tempi che la violenza sulle cose, cioè l'offesa recata al dominio era un mezzo validissimo di scusa che scema di energia e di gravezza in tempi di scienza e d'industria. Alle viete e feroci leggi succedevano in Roma sanzioni più miti, le quali per proteggere la proprietà non annichilavano l'individuo (3).

(1) Giannone lib. 13. cap. 1. §. 2.

(2) Giann. lib. 7. cap. 5.

(3) Nicolini (Quist. di dritto vol. 1.º Requisit. XVII pag. 300 e seg.) sponne con profonda conoscenza le teorie del dritto ro-

Nelle più colte nazioni di Europa i reati che violano la proprietà son'ordinariamente frenati con pene leggiere. Le usurpazioni, i furti semplici e simiglianti reati che pria si castigavano con tanta asprezza, poscia degradarono alla categoria di reati correzionali.

§. 306. La diversa guisa di ragionare che presso una nazione mitiga l'austerità della pena, presso l'altra l'asapera secondo i diversi gradi di civiltà.

La forza e la frode sono le due principali espressioni dell'umana malvagità: l'una è degenerazione della fisic'attività, l'altra è depravazione della sagacia dell'intelletto. Entrambe figlie del mal talento, corrompono due benefizi che Dio largì per nostro bene, e non per danno altrui; entrambe mirano a contristare gli altri o noi stessi:

*Di ogni malizia che adio in cielo acquista
Ingiuria è il fine, ed ogni fin cotale
O con forza o con frode altrui contrista (1).*

Sotto l'impero del forte dominio la violenza è più tollerata della frode; si ravvisa nell'audacia qualche cosa di grande, e magnanimo. Sotto il regno della industria, in cui tutte le private licenze sono subordinate alla pubblic' autorità, in cui le menti sono aperte e scaltrite, la frode è più tollerata della violenza. E con questa norma potremo spiegare il perchè delle tante disposizioni dei codici moderni, in cui la violenza è risguardata con occhio più sinistro, e si punisce più severamente.

I retori greci così ragionavano sul perchè era in Atene il seduttore dell'altrui moglie punito di morte, e l'violentatore di una ammenda pecuniaria: L'assalto e l'oppressione del corpo è più siewole ed

mano; ma non possiamo però consentire alla opinione ch'ei con tanta eloquenza sostiene « non essere motivo di scusa la violenza sulle cose »—Ottimo cittadino qual'egli è, qui ci dipinge l'uomo qual dovreb'essere, non già qual'è, e quale fu.

(1) Dante—Inf. XI. 8.

assai men durevole di quella dell'animo. Chi espugna colla forza l'altrui pudicizia, creasi un nemico nella violentata. Chi persuade l'animo e trascina a turpitudine la volontà della donna altrui, corrompe in costei la fonte dei piaceri innocenti, cioè la purezza del cuore. Il drudo si addimestica coll'adultera cui diviene il proprio marito oggetto di orrore od almeno d'indifferenza. Quindi spargonsi nella famiglia degli sposi semi di desolanti dissensioni. Chi ricorre alla seduzione è un vile, è un perfido. Ma chi ricorre alla forza mostra alcun che di audace e di magnanimo—Questo fu anche il parere di Cicerone, e degli scrittori a lui coevi (1): ma siffatto pensiero mutossi in Roma quando nei tempi dello impero alle violenze dei Proconsoli e dei Pretori provinciali vissuti sotto la repubblica, succedessero le frodi e le scaltrezze degli astuti cortigiani che dall'aula Cesarea spedivansi nelle province. Oggi presso i popoli di Europa l'adulterio violento è punito assai più aspramente dell'adulterio per seduzione, imperciocchè reputasi la violenza circostanza molto aggravante; e l'audacia del reo impudente e dannosa temerità.

(1) lib. 1. cap. 13. in fin. de offic.

CAPITOLO IV.

DELLA PUBBLICITA' DELLA ISTRUZIONE, E DELLA DISCUSSIONE
DELLE PRUOVE PENALI.

- §. 307. Alleanza della luce e del vero. — Le istruzioni ed i giudizi debbono essere aperti. — Pensieri di Cicerone e di Montesquieu sull'abolizione dei pubblici suffragi.
§. 308. Pubblicità de' giudizi penali alacramente propugnata da Romagnosi. — Pubblicità de' giudizi in Grecia, in Roma e ne' mezzi tempi.
§. 309. L'erronea interpretazione delle leggi latine introdusse in Europa il processo inquisitorio.
§. 310. Calde parole di Beccaria contro le accuse segrete — Scrittori che impugnano e che propugnano la pubblicità della discussione.
§. 311. Pubblicità della procedura penale negli Stati uniti dell'America Settentrionale.
§. 312. Fine dell'opera, e protesta dell'Autore.

§. 307. Quando il divino Alighieri (1), ci volle dipingere la suprema parte dei cieli ove siede colui in che si accende

L' amor ch' il volge , e la virtù ch' ei piove ,

non rinvenne nel vivace dizionario della sua fervente fantasia voci più splendide e sublimi di queste ,

Luce ed amor di un cerchio lui comprende.

E fu magnifico concetto dei poeti così sacri che profani, esser la luce il primo dono e' l più bello, che Dio concesse alla terra nell'istante della creazione, ed unanime il consentimento di tutt' i pagani nell'adorazione del Sole, e nel culto del fuoco.

Nobili sono le voci ripetute più volte nelle sacre

(1) Parad. XXVII. E nel canto XXX. lo dice.

*. . . . Ciel ch' è pura luce ;
Luce intellettual piena di amore.*

pagine. « I giudizi di Dio son lucenti ed aperti » Ma non vi saranno giudizi aperti, e giustizia luminosa, ove circonda di tenebre la sua sedia curule chi giudica della vita dei cittadini. Eppure verità così splendide furono acutamente contrastate nei tempi caliginosi del pedantismo legale, ed anche nei tempi nostri dai caldeggiatori degli antichi pregiudizi. Cicerone derivava la decadenza di Roma dall'abolizione dei pubblici suffragi, ed al suo parere si attiene il Montesquieu (1). Il progetto dei suffragi segreti nell'elezioni, che menò pochi anni or sono tanto rumore nell'Inghilterra, venne universalmente ributtato, ma ciò ch'è pericoloso nei suffragi de' comizi e nell'elezioni, è pericolosissimo nella decisione della vita e dell'onore dell'uomo.

§. 308. Negli ultimi anni di sua vita il nostro celebre Romagnosi sommetteva a profondo esame un opuscolo dell'avvocato Giuseppe Marrocco, il quale pretendeva, che la *pubblicità dei giudizi criminali* non convenga alla monarchia e che per sè sia cosa indifferente lo stabilire tanto il processo pubblico quanto l'*inquisitorio*. Si sostiene costui principalmente col dire » che la pubblicità dei giudizi non può essere in massima utilissima, poichè per essere tale bisognerebbe che convenisse ad ogni forma di governo, in qualunque tempo » Il Ch. Romagnosi vi rispose valorosamente dimostrando 1. Che la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia. 2. Che col processo inquisitorio non si possono per regola ottenere gli effetti essenziali della procedura criminale.

Un dotto scrittore recente (2) riguardò questa materia per tutt' i lati con finezza di giudizio e maschia eloquenza, confutando tutte le obiezioni possibili, e proponendo utilissimi miglioramenti.

In tutt' i tempi, anche della barbarie greca e la-

(1) *Esprit des lois* liv. II. art. 1.

(2) Sotto il finto nome di *patrofilo* nell'antologia di Firenze volume 32. anno 1828.

tina, e della barbarie rinnovellata dei mezzi tempi i giudizi furono pubblici. Non m'intertengo nei molti esempi che ci offre la storia di Oriente, e quella di Roma costò nella repubblica che sotto l'impero; questo arringo fu prima di me corso felicemente da Pierre Ayrault (1). Dirò brevemente come si procedeva nei bassi tempi, e come i pedanti glossatori introdussero il processo inquisitorio falsamente interpretando le leggi romane.

Nel medio-evo i giudizi criminali avean luogo nelle pubbliche piazze, alle porte dei castelli o delle chiese, nel concorso di foltissimi uditori.

§. 309. Il processo *inquisitorio* nacque sotto i malvagi Imperadori di Roma, ai quali interessava l'affidar la ricerca di alcuni reati ai *curiosi*, *irenarchi*, *afoplisti*, *biocoliti*, ed altri somiglianti uffiziali crudeli ambiziosi rapinatori. Dopo che le costumanze settentrionali distrussero in Italia le radici ed i semi di questa scellerata usanza; appena cominciò a riprendere l'antica forza lo studio delle Romane leggi, non mancarono i pedanti di travolgere quelle parole « *testes intrare judicis secretum* (2) » ricevendo nella significanza di *segreto* ciò che in latino dinotava uditorio, udienza; e questa falsa interpretazione consacrò nelle sue leggi il famoso Federico II. Svevo; e fu la stessa ricevuta come regola generale in quasi tutta l'Europa.

§. 310. Beccaria scagliandosi acutamente contro le *accuse secrete* dice « Chi può difendersi dalla calunnia quando ella è armata del più forte scudo della tirannia, il segreto? Qual sorta di governo è mai quello in cui chi regge sospetta in ogni suo suddito un nemico, ed è costretto per cercare il pubblico riposo di toglierlo a ciascuno (3)? »

(1) Nell'opera — *L'ordre, formalité et instruction judiciaire* liv. III. §. 57 a 69.

(2) L. 14 C. de test. — Nov. 90. cap. 9.

(3) Dei delitti e delle pene §. 9.

Nei tempi in cui scrisse il Barone de Grimm fremeva sulla incertezza del nostro destino, vedendo i vizi della giurisprudenza criminale, ed implorava pur egli questa salutare pubblicità de' giudizi. Il segreto, egli diceva, è il gran mantello che gli sciocchi e i malvagi si rinviano alternativamente; agli uni dà dell'importanza; assicura agli altri l'impunità (1).

Non ha guari Boucher d'Argis propose in Francia varie obiezioni contro la pubblica discussione. Ma se dobbiamo dolerci dell'abnegazione del senso comune di taluni individui, dobbiamo d'altronde compiacerci dei magnanimi sforzi dei filantropi valorosi. Non è da passarsi sotto silenzio l'opuscolo di Dupin—*Della libera difesa degli accusati*—scritto con nitidezza d'idee e di stile, non disgiunta da vasta erudizione.

Nella propria difesa consiste la virtù vera della fortezza. Negarsi la difesa dell'imputato è latrocinio non giudizio—*Reum enim non audiri latrocinium est, non iudicium*—come dice Ammiano Marcellino, citato da Dupin. Ciò non ostante, questa facoltà sacra quanto la sventura, presidio principale della innocenza, e palladio della libertà civile nei tempi procellosi della rivoluzione Francese verso il tramonto dello scorso secolo fu negata ai pretesi *non patrioti* con una legge provocata da Couton e da Robespierre, legge tremenda che per sospetti i più vaghi e leggieri inondò la Francia di sangue e di lagrime fino alla famosa giornata del 9 termifero funesta ai più esagerati protagonisti delle scene rivoltuose, e propizia all'umanità, perchè da quest'epoca datarono i più miti ordinamenti della repubblica Francese (2). Il dispotismo Napoleonico non la concesse al Duca

(1) *Le secret est le grand manteau que les sots et les fripons se renvoient tour à tour; il donne aux uns de l'importance, il assure aux autres l'impunité.*

(2) Art. 56. Leg. 22. Pratile anno 2. Thiers—Rivoluzione Franc. vol. 2. cap. 4 e 5.

d'Enghien. Il processo di costui è una pagina contaminata degli annali famosi del Gran Capitano.

Con nobile facondia e lena di argomentazioni levava la sua voce nel nostro reame il Com. Niccola Nicolini in un discorso intitolato » Della discussione pubblica ne' giudizi penali » (1). Ivi con ampia erudizione, e filantropica veemenza di forti sensi e di fortissime ragioni tolse a dimostrare, come questa magnanima istituzione, la quale contiene il solenne trionfo della potenza ed imparzialità delle leggi suscitò e fomentò nei giudici il pudore di ogni menoma ingiustizia, e li rattenga dall'arbitrio dalla infingardaggine e dalla precipitanza col timore della pubblica disapprovazione; e li conforti alla vigilanza all'alacrità ed alla fermezza ne' propri doveri col pungolo dei pubblici applausi: come fosse il crogiuolo del vero, l'ancora della innocenza sventurata, il terrore dei malvagi, un freno salutare a non misfare per gli animi superbi, ed infine la pubblica scuola di morale, e l'vigoroso incitamento a virtù private, e cittadine.

§. 311. Negli Stati uniti dell'America settentrionale la procedura criminale è pubblica dal principio sin' alla fine (2). I Francesi non ostante che fossero

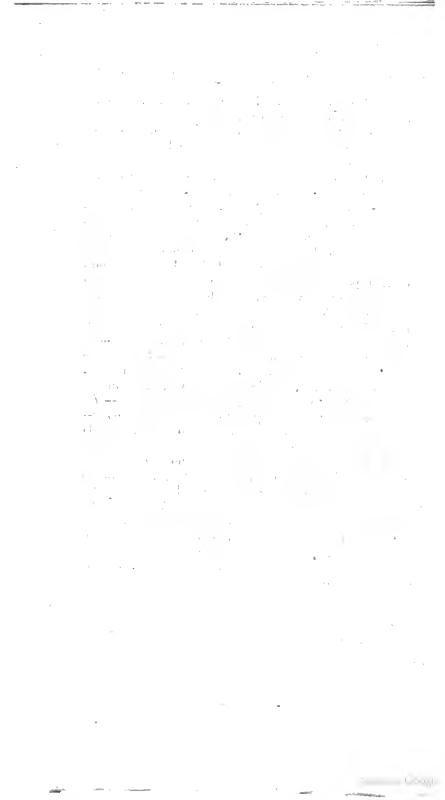
(1) Pronunziato addì 7 gennaio 1833 pel solenne riaprimiento in Corte Suprema dell'anno giudiziario.

(2) Ivi una magistratura di tre cittadini prescelti dal comune raccoglie prove sul reato; le quali ove siano sufficienti e trattisi di pena capitale, l'imputato è ristretto in carcere: ove trattisi di altre pene si rilascia in libertà sotto cauzione. È subito interrogato e senza il di lui intervento coloro che possono avere qualche conoscenza dell'avvenimento son chiamati ed interrogati in pubblica seduta — Si fa un notamento sommario delle cose deposte, sopra il quale l'accusator pubblico forma il suo atto di accusa prescegliendo i testimoni più necessari a chiarir l'esistenza e l'autore del reato. Poscia, come si fa nell'Inghilterra, si tratta la causa innanz' il grande Giurì per l'ammissibilità dell'accusa, ed innanz' il piccolo Giurì pel giudizio della medesima — Dattor, *Giurisprudenza generale di Francia* — Supplemento al IV. volume in fine.

avidi di novità, tuttavolta conservarono la segretezza nella istruzione preparatoria.

§. 312. Siam giunti al termine del nostro qualunque siasi lavoro. Come il cortese lettore avrà potuto scorgere abbiamo spesso percorso novelli sentieri. Non mania di originalità, non ardente e smodato desio di acquistar fama, ma solo amor del vero ispirò le nostre meditazioni. Qualche si sia il nostro lettore, lo preghiamo a non giudicarci se non dopo letta intieramente l'opera, e dopo aversi schierata innanzi tutta la serie delle nostre idee. Non siam discesi nei più minuti particolari del procedimento civile e penale, imperciocchè avremmo trasgredito i confini di questo volume, il quale si versa unicamente nella storia dei principj legislativi. Inoltre nell'opera che col divino auspizio speriamo dare alla luce col'epigrafe—*Missione del giudice di circondario*—abbiamo esposto in gran parte le speciali teorie della logica giudiziaria. Riguardo all'elemento economico, l'abbiamo svolto colla maggiore brevità riserbandoci in un trattato particolare che avrà per titolo — *Influenza dell'Economia pubblica sulla legislazione* — discorrere i benefizi che nello stato presente della civiltà l'Economia politica può rendere alle moderne legislazioni. Qualunque poi siano i nostri voti per lo miglioramento delle nostre leggi; qualunque siano le nostre osservazioni, noi volentieri le sottoponghiamo alla sapienza della pubblica autorità. Ci piacerebbe che fossero disaminate ed accolte; ma laddove si trovassero erronee, noi saremmo i primi a ripudiarle; essendo principal dovere di ogni scrittore coscienzioso di offrire in olocausto del vero le sue private opinioni.

F I N E.



INDICE

INTRODUZIONE	pag. 3
------------------------	--------

LIB. I. — PRINCIPII GENERALI.

CAP. I. — <i>Della influenza delle idee del finito, dell'infinito e dell'infinito nella poesia, nella filosofia e nella legislazione</i>	9
CAP. II. — <i>Principi generali della legislazione</i>	27
CAP. III. — <i>Della missione politica ed umanitaria della giurisprudenza considerata nei diversi stati</i>	37
CAP. IV. — <i>Della fraseologia legale</i>	50
CAP. V. — <i>Della influenza delle abitudini settentrionali sulla vita pubblica e privata, letteratura e legislazione dei nuovi popoli di Europa</i>	55
CAP. VI. — <i>Genesi e progredimento della mitologia, e sua influenza sulla ragione legislativa delle nazioni.</i>	69
CAP. VII. — <i>Stati legislativi</i>	73

LIB. II. — PSICOLOGIA SOCIALE, OSSIA PARTE SUEBIEITIVA DE' DIRITTI.

CAP. I. — <i>Delle relazioni famigliari e politiche secondo i diversi gradi di civiltà</i>	78
CAP. II. — <i>Delle nozze, e della poligamia.</i>	96
CAP. III. — <i>Varietà dei principi e degli effetti della capacità delle donne secondo i diversi periodi legislativi</i>	105
CAP. IV. — <i>Potestà patria. — Tutela.</i>	109
CAP. V. — <i>Del domicilio</i>	115
CAP. VI. — <i>Origine e progredimento dei diritti della universalità nei mezzi tempi</i>	118

CAP. VII. — <i>Linguaggio, vita privata e pubblica dei popoli barbari</i>	132
CAP. VIII. — <i>Del feudalismo</i>	138

LIB. III. — ONTOLOGIA, OSSIA PARTE OBIETTIVA DEI DIRITTI.

CAP. I. — <i>Definizione e genesi filosofica del dominio</i>	148
CAP. II. — <i>Genesis storica del dominio</i>	155
CAP. III. — <i>Dominio semipieno.</i>	163
CAP. IV. — <i>Dell'accessione.</i>	176
CAP. V. — <i>Della prescrizione.</i>	181
CAP. VI. — <i>Della successione legittima e testata oppo i Romani</i>	192
CAP. VII. — <i>Ordine delle successioni nel medio-evo: lotta tra le teorie romane, e le consuetudini del Nord</i>	204
CAP. VIII. — <i>Leggi moderne Francesi e Napolitane intorno la successione, e quale addentellato esse abbiano nelle legislazioni del medio-evo</i>	214
CAP. IX. — <i>Benefizio di deliberare. — Inventario. — Capacità dell'erede. — Collazione. — Diritto di accrescere</i>	223
CAP. X. — <i>Origine e differenze della dote nei diversi periodi legislativi</i>	233
CAP. XI. — <i>Delle donazioni.</i>	240
CAP. XII. — <i>Vestigj delle leggi di forte dominio nelle moderne legislazioni francese, e napolitana</i>	243
CAP. XIII. — <i>Delle convenzioni secondo i diversi gradi di civiltà.</i>	248
CAP. XIV. — <i>Continuazione della materia precedente.</i>	261
CAP. XV. — <i>Brevi osservazioni sul commercio antico e moderno.</i>	268

LIB. IV. — TUTELA DE' DIRITTI.

CAP. I. — <i>Della giurisdizione</i>	278
CAP. II. — <i>Delle azioni e del modo di spiegarle in giudizio</i>	284

CAP. III.— <i>Atti legittimi e formolario dei primi popoli</i>	294
CAP. IV.— <i>Delle azioni possessorie</i>	300
CAP. V.— <i>Origine e progredimento delle azioni di buona fede, e di stretto dritto nel forte dominio</i>	313
CAP. VI.— <i>Indole del procedimento civile secondo i vari gradi legislativi</i>	318

LIB. V. — VENDETTA DEI DRITTI.

CAP. I.— <i>Del corso e del ricorso delle pene e delle prove</i>	325
CAP. II.— <i>De' giudizi di Dio</i>	341
CAP. III.— <i>Di alcune differenze tra le antiche e le moderne legislazioni circa la ragion penale</i>	348
CAP. IV.— <i>Della pubblicità della istruzione, e della discussione delle prove penali</i>	356

FINE DELL' INDICE.



ERRATA

CORRIGE

pag. v.

9	4	Nella	Della
10	10	Alemanni	Europei
37	18	<i>in est</i>	<i>inest</i>
72	25	metaphis.	metaphys.
112	37	rischieratrice	rischiaratrice
109	13	Capitolo V.	IV.
115		VI.	V.
118		VII.	VI.
132		VIII.	VII.
138		IX.	VIII.
256	31	libri	libri
ivi	33	Federico	Federico





z 7-4.265

PREZZO DUC. 1 : 20



